بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يُؤْتِي الْحِكْمَةَ مَن يَشَاءُ وَمَن يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ ﴾

موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة

الجزء العاشر

موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة /
تأليف وهبة الزحيلي .- دمشق: دار الفكر
٢٠١٠ .-١٣ج ؛ ٢٥سم.
ISBN: 978-9933-10-140-4
١-٢١٧ ز ح ي م ٢- العنوان ٣- الزحيلي

الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي

عضو المجامع الفقهية العالمية

موسوعة الفقه الإسلامي

والقضايا المعاصرة





ثقافة الاختلاف

2012=1433

دار الفكر - دمشق - برامكة
٣٠٠١ ٩٧ ٩٤٧ ٠٠٩٦٣
٣٠٠١ ١١ ٠٠٩٦٣
http://www.fikr.com/
e-mail:fikr@fikr.net

موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة

أ. د. وهبة الزحيلي

الجزء العاشر

الرقم الاصطلاحي: ١٠-٠١١،٢٢٤١

الرقم الدولي: ISBN: 978-9933-10-140-4

التصنيف الموضوعي: ٢١٦ (الفقه الإسلامي وأصوله)

٩٥٢ ص، ١٧ × ٢٥ سم

الطبعة الثالثة: ١٤٣٣هـ = ٢٠١٢م

ط١/ ٢٠١٠م

المحتوى

القسم الثاني
النظريات الفقهية

الباب الأول

النظرية العامة للضمان

الباب الثاني
الضمان في نطاق المسؤولية المدنية

الباب الثالث

الضمان في نطاق المسؤولية الجنائية

القسم الثاني

النّظَريّات الفقهيّة

تقديم

تقتضي طبيعة التدرج المنطقي الانتقال من الجزئيات إلى الكليات، ومن الإفراد إلى التركيب، ومن الأحكام الجزئية إلى النظريات العامة، كما هو منهج الدراسة القانونية الحديثة. لذا كان لزاماً علينا البحث عن نظريات الفقه الإسلامي، وما أكثرها، بالرغم مما يكتنف ذلك من صعوبات استقرائية في تتبع أحكام المسائل الفقهية في بحار الكتب القديمة المترعة بالثروة الفقهية الضخمة، التي تمتاز بخصوبتها ومرونتها وتغطيتها لاحتمالات متعددة، لا تقل عن أروع ما ابتكره الفكر القانوني الحديث، بل تفوقه أحياناً بالحرص على القيم الخلقية العالية والمصالح العامة.

وحينما ندرس بدقة وإمعان طائفة من النظريات الفقهية، يتجلى لنا إحكام الربط بين الحكم الشرعي وبين مصدره وأصوله وقواعده والنظريات الفقهية التي أدركها المجتهدون من مصادر الشريعة واتخذوها نبراساً لهم في الاجتهاد.

وقد أشرت لما يتفق مع القانون ويختلف فقهاً وقانوناً، ودعمت الحكم الشرعي بدليله النقلي المعتمد على القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة، أو بالدليل العقلي المتجه نحو رعاية المصلحة ودرء المفسدة.

هذا.. وقد بحثت في الأجزاء الأربعة الأولى القسم الأول من هذا الكتاب، وهو (العبادات).

وأتابع في هذا الجزء بحث القسم الثاني من الكتاب وهو أهم النظريات الفقهية ومدى الاستفادة منها في القوانين الوضعية، وذلك في فصول ستة وملحق، كما سأبحث في هذا الجزء أيضاً عقد البيع والخيارات من القسم الثالث وهو (العقود).

أما موضوعات القسم الثاني أو فصوله فهي نظريات الحق، الأموال، نظرية الملكية، نظرية العقد، المؤيدات الشرعية، نظرية الفسخ، أهم ما اقتبسه القانون المدني من الفقه الإسلامي.

والله أسأل أن يوفقنا جميعاً لإدراك عظمة الفقه الإسلامي وغناه وواقعيته وسداده، لنعود إليه عند وضع القوانين عن جدارة وتقدير، تاركين الاعتماد على الفقه الغربي ونظرياته وحلوله الغريبة عنا.

أ. د. وهبة الزحيلي

الفصل الأول

نظرية الحق

النظرية: معناها المفهوم العام ا لذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة، كنظرية الحق، ونظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية الأهلية، ونظرية الضمان، ونظرية الضرورة الشرعية، ونظرية المؤيدات الشرعية من بطلان وفساد وتوقف وتخيير ونحو ذلك مما أذكره هنا.

ومن المعروف أن فقهاءنا لم يقرروا أحكام المسائل الفقهية على أساس النظريات العامة وبيان المسائل المتفرعة عنها، على وفق المنهاج القانوني الحديث، وإنما كانوا يتتبعون أحكام المسائل والجزئيات والفروع، مع ملاحظة ماتقتضيه النظرية أو المبدأ العام الذي يهيمن على تلك الفروع. ولكن بملاحظة أحكام الفروع يمكن إدراك النظرية وأصولها.

وبذلك تختلف النظرية عن القاعدة الكلية مثل (المشقة تجلب التيسير) (والأمور بمقاصدها) في أن النظرية بناء عام لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك. أما القاعدة فهي ضابط أومعيار كلي في ناحية مخصوصة من نواحي النظرية العامة.

وأوضح نظرية الحق في أربعة مباحث:

الأول ـ تعريف الحق وأركانه

الثاني ـ أنواع الحق

الثالث ـ مصادر الحق وأسبابه

الرابع ـ أحكام الحق

المبحث الأول ـ تعريف الحق وأركانه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول ـــ تعريف الحق:

الحق في اللغة العربية له معان مختلفة تدور حول معنى الثبوت والوجوب مثل قوله تعالى: ﴿لَقَدْ حَقَّ ٱلْقَوْلُ عَلَىٰٓ أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ۝٧﴾ [يس: ٧/٣٦] أي ثبت ووجب. وقوله سبحانه: ﴿لِيُحِقَّ ٱلْحَقَّ وَيُبْطِلَ ٱلْبَٰطِلَ﴾ [الأنفال: ٨/٨] أي يثبت ويظهر. وقوله عز وجل: ﴿جَآءَ ٱلْحَقُّ وَزَهَقَ ٱلْبَٰطِلُ﴾ [الإسراء: ٨١/١٧] أي الأمر الموجود الثابت. وقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ۝٢٤١﴾ [البقرة: ٢/ ٢٤١] أي واجباً عليهم.

وتطلق كلمة الحق على النصيب المحدد لمثل قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ فِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ۝٢٤ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ ۝٢٥﴾ [المعارج: ٧٠/ ٢٤-٢٥]، كما تطلق على العدل في مقابلة الظلم مثل قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَقْضِى بِٱلْحَقِّ﴾ [غافر: ٤٠/ ٢٠].

وأما عند الفقهاء فقد ورد تعريف للحق عند بعض المتأخرين فقال: الحق: هو الحكم الثابت شرعاً[١]. ولكنه تعريف غير جامع ولا شامل لكل ما يطلق عليه لفظ الحق عند الفقهاء. فقد يطلق الحق على المال المملوك وهو ليس حكماً، ويطلق على الملك نفسه، وعلى الوصف الشرعي كحق الولاية والحضانة والخيار، ويطلق على مرافق العقار كحق الطريق والمسيل والمجرى. ويطلق على الآثار المترتبة على العقود كالالتزام بتسليم المبيع أو الثمن.

وعرفه بعض الأساتذة المعاصرين، فقال أستاذنا الشيخ علي الخفيف: الحق: هو مصلحة مستحقة شرعاً[٢]. لكنه تعريف بالغاية المقصودة من الحق، لا بذاتيته وحقيقته، فإن الحق: هو علاقة اختصاصية بين صاحب الحق والمصلحة التي يستفيدها منه.

---

(١) حاشية قمر الأقمار على شرح المنار للشيخ عبد الحليم اللكنوي، أول مبحث الحقوق.
(٢) مذكرات الحق والذمة: ص ٣٦.

وقال الأستاذ مصطفى الزرقاء: الحق: هو اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً[١]. وهو تعريف جيد؛ لأنه يشمل أنواع الحقوق الدينية كحق الله على عباده من صلاة وصيام ونحوهما، والحقوق المدنية كحق التملك، والحقوق الأدبية كحق الطاعة للوالد على ولده، وللزوج على زوجته، والحقوق العامة كحق الدولة في ولاء الرعية لها، والحقوق المالية كحق النفقة، وغير المالية كحق الولاية على النفس.

ويتميز هذا التعريف بأنه أبان ذاتية الحق بأنه علاقة اختصاصية بشخص معين، كحق البائع في الثمن يختص به، فإن لم يكن هناك اختصاص بأحد، وإنما كان هناك إباحة عامة كالاصطياد والاحتطاب والتمتع بالمرافق العامة، فلا يسمى ذلك حقاً، وإنما هو رخصة عامة للناس.

والسلطة: إما أن تكون على شخص كحق الحضانة والولاية على النفس، أو على شيء معين كحق الملكية.

والتكليف: التزام على إنسان إما مالي كوفاء الدين، وإما لتحقيق غاية معينة كقيام الأجير بعمله.

وأشار التعريف لمنشأ الحق في نظر الشريعة: وهو إرادة الشرع، فالحقوق في الإسلام منح إلهية تستند إلى المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية، فلا يوجد حق شرعي من غير دليل يدل عليه، فمنشأ الحق هو الله تعالى؛ إذ لا حاكم غيره، ولا تشريع سوى ما شرعه. وليس الحق في الإسلام طبيعياً مصدره الطبيعة أو العقل البشري، إلا أنه منعاً مما قد يتخوف منه القانونيون من جعل مصدر الحقوق إلهياً وبالتالي إطلاق الحرية في ممارسة الحق، منعاً من هذا الخطر، قرر الإسلام سلفاً تقييد الأفراد في استعمال حقوقهم بمراعاة مصلحة الغير وعدم الإضرار بمصلحة الجماعة، فليس الحق مطلقاً وإنما هو مقيد بما يفيد المجتمع ويمنع الضرر عن الآخرين، والحق في الشريعة يستلزم واجبين:

واجب عام على الناس باحترام حق الشخص وعدم التعرض له.

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه: ف ٣ ص ١٠ ومابعدها.

وواجب خاص على صاحب الحق بأن يستعمل حقه بحيث لا يضر بالآخرين.

المطلب الثاني ــ أركان الحق:

للحق ركنان: **صاحب الحق** وهو المستحق، **ومحل الحق**: وهو ما يتعلق به الحق ويرد عليه. وهو إما الشيء المعين الذي يتعلق به الحق كما في الحق العيني، أو الدين.

ويضاف للحق الشخصي كالعلاقة بين الدائن والمدين ركن ثالث: وهو المدين المكلف بالحق. ونوع التكليف إما أن يكون قياماً بعمل كأداء الدين أو الثمن، أو امتناعاً عن عمل، كالامتناع عن إضرار الجار أو غيره، والامتناع عن استعمال الوديعة أو الأمانة. والمكلف قد يكون معيناً فرداً أو جماعةً كالمدين بالنسبة للدين، أو غير معين كالواجبات العامة المكلف بها جميع الناس باحترام حقوق الآخرين وعدم الاعتداء عليها.

صاحب الحق: هو الله تعالى في الحقوق الدينية، والشخص الطبيعي (الإنسان) أو الاعتباري (كالشركات والمؤسسات) في الحقوق الأخرى، الذي يتمتع بالسلطات التي يمارسها على محل الحق.

وتبدأ الشخصية الطبيعية لكل إنسان ببدء تكون الجنين، بشرط ولادته حياً ولو حياة تقديرية. ويعتبر حياً عند الحنفية بظهور أكثر المولود حياً، وتعتبر الحياة تقديرية عندهم في حالة إسقاط الجنين بجناية، كما لو ضرب شخص امرأة حبلى فأسقط جنيناً ميتاً، فإنه يرث ويورث.

وقال غير الحنفية: يشترط تمام الولادة لاعتبار الشخص حياً، وانفصاله عن أمه انفصالاً تاما. وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري. واكتفى غير الحنفية في حال إسقاط الجنين ميتاً بأن الجنين تورث عنه الغرة فقط (وهي دية الجنين أو التعويض المالي الواجب دفعه بسبب الاعتداء على الجنين وقدرت شرعاً بـ ٥٠ ديناراً أو بـ ٥٠٠ درهم).

وتنتهي الشخصية الطبيعية بالوفاة الحقيقية (الموت) أو التقديرية كالحكم بوفاة

المفقود أو الغائب الذي لا يعلم مكانه، ولا يدرى أهو حي أو ميت، وذلك بوفاة أقرانه في غالب الظن، أو ببلوغه تسعين سنة.

ولكن مع زوال الشخصية بالموت تظل ذمة الإنسان وأهلية وجوبه باقية افتراضاً بقدر ما تقتضيه تصفية الحقوق المتعلقة بتركته، وذلك للضرورة وبقدر الضرورة، كما سيتضح في بحث الأموال والذمة المالية، فيتملك الميت ما باشر سبب ملكيته في حياته كنصب شبكة للصيد وقع فيها المصيد، ويضمن ما باشر سبب ضمانه، كالالتزام بدفع قيمة ما يقع من حيوان في حفرة حفرها في الطريق العام.

ويقر الفقه الإسلامي ما يسمى قانوناً: الشخصية الاعتبارية، أو المعنوية أو الشخصية المجردة عن طريق الاعتراف لبعض الجهات العامة كالمؤسسات والجمعيات والشركات والمساجد بوجود شخصية تشبه شخصية الأفراد الطبيعيين في أهلية التملك وثبوت الحقوق، والالتزام بالواجبات، وافتراض وجود ذمة مستقلة للجهة العامة بقطع النظر عن ذمم الأفراد التابعين لها، أو المكونين لها.

والأدلة كثيرة على هذا الإقرار، سواء من النصوص أو من الاجتهادات الفقهية. فمن النصوص: الحديث النبوي: «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم»[1] أي أن الأمان الصادر للعدو من أحدهم يسري على جماعة المسلمين. ومنها نصوص الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والتي تقضي بجواز رفع ما يسمى بدعوى الحسبة من أي فرد لقمع غش وإزالة منكر أو أذى عن الطريق، وتفريق بين زوجين بينهما علاقة محرمة، وإن لم يكن للمدعي مصلحة شخصية.

ومن الاجتهادات: فصل بيت المال عن مال الحاكم الخاص، وقولهم: بيت المال وارث من لا وارث له، واعتبار الحاكم نائباً عن الأمة في التصرف بالأموال العامة على وفق المصلحة، كما يتصرف الوصي بمال اليتيم. وهو نائب عن الأمة أيضاً في إبرام المعاهدات التي تظل نافذة على الرغم من موته أو خلعه، وفي تعيين الموظفين أو العمال الذين لا ينعزلون بموت الحاكم، وفي إصدار الأحكام القضائية، فلا يضمن القاضي الدية إذا أخطأ في قضائه في حقوق الله كقطع يد السارق بشهود زور، وإنما ضمانها في بيت المال.

---

(١) رواه أحمد عن علي رضي الله عنه (نيل الأوطار: ٧/ ٢٧).

ومن اجتهاداتهم: جواز تمليك الوقف والتزامه بما يجب عليه من حقوق للآخرين، وجواز الوصية والوقف للمسجد، واعتبار ناظر الوقف مجرد نائب عنه لايتحمل شيئاً من ديون الوقف، ويشتري للوقف مايحتاجه، ويدفع ثمنه من غلات الوقف. فالوقف هو المالك والدائن والمدين، لا المتولي عليه. والناظر أمين على الوقف، فلو خان مصلحة الوقف أو أساء التصرف إليه أو خالف شروط الواقف، ضمن موجب فعله.

المبحث الثاني ـ أنواع الحق:

ينقسم الحق عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة بحسب المعنى الذي يدور عليه الحق، أذكر أهم هذه التقسيمات وأحكامها وما يترتب عليها من نتائج.

التقسيم الأول ـــ باعتبار صاحب الحق

ينقسم الحق بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع: حق الله، وحق الإنسان، وحق مشترك: وهو ما اجتمع فيه الحقان ولكن قد يغلب حق الله أو حق الإنسان الشخصي[1].

١- حق الله تعالى (أو الحق العام):

وهو ما قصد به التقرب إلى الله تعالى وتعظيمه وإقامة شعائر دينه، أو تحقيق النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد من الناس. وينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه، أي أنه هو حق للمجتمع.

مثال الأول: العبادات المختلفة من الصلاة والصيام والحج والزكاة والجهاد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والنذر واليمين وتسمية الله عند الذبح وكل أمر ذي بال.

ومثال الثاني: الكف عن الجرائم وتطبيق العقوبات من حدود (حد الزنا والقذف

---

(١) راجع كتب أصول فقه الحنفية: التقرير والتحبير: ٢/ ١٠٤-١١١، كشف الأسرار: ٢/ ١٣٦، التلويح على التوضيح: ٢/ ١٥١ ومابعدها، حاشية نسمات الأسحار: ص ٢٥٩.

والسرقة والحرابة وشرب المسكرات) وتعزيرات على الجرائم المختلفة، وصيانة المرافق العامة من أنهار وطرقات ومساجد وغيرها مما لا بد منها للمجتمع.

وتقسم حقوق الله تعالى عند الحنفية إلى ثمانية أقسام تعرف في أصول الفقه. وأحكام حق الله تعالى كثيرة: وهي لا يجوز إسقاطه بعفو أو صلح أو تنازل، ولا يجوز تغييره، فلا يسقط حد السرقة بعفو المسروق منه أو صلحه مع السارق بعد بلوغ الأمر إلى الحاكم. ولا يسقط حد الزنا بعفو الزوج أو غيره أو إباحة المرأة نفسها.

ولا يورث هذا الحق، فلا يجب على الورثة ما فات مورثهم من عبادات، إلا إذا أوصى بإخراجها، ولا يسأل الوارث عن جريمة المورث.

ويجري التداخل في عقوبة حقوق الله، فمن زنى مراراً، أو سرق مراراً ولم يعاقب في كل مرة، فيكتفى بعقوبة واحدة؛ لأن المقصود من العقوبة هو الزجر والردع ويتحقق بذلك[1]. واستيفاء عقوبة هذه الجرائم للحاكم، فهو الذي يؤدب على ترك العبادات أو التهاون بشأنها، وهو الذي يقيم الحدود والتعزيرات على العصاة منعاً من الفوضى وتثبيتاً من وقوع الجريمة.

٢- حق الإنسان (أو العبد):

وهو ما يقصد منه حماية مصلحة الشخص، سواء أكان الحق عاماً كالحفاظ على الصحة والأولاد والأموال، وتحقيق الأمن، وقمع الجريمة، ورد العدوان، والتمتع بالمرافق العامة للدولة؛ أم كان الحق خاصاً، كرعاية حق المالك في ملكه، وحق البائع في الثمن والمشتري في المبيع، وحق الشخص في بدل ماله المتلف، ورد المال المغصوب، وحق الزوجة في النفقة على زوجها، وحق الأم في حضانة طفلها، والأب في الولاية على أولاده، وحق الإنسان في مزاولة العمل ونحو ذلك.

وحكم هذا الحق أنه يجوز لصاحبه التنازل عنه، وإسقاطه بالعفو أو الصلح أو الإبراء أو الإباحة، ويجرى فيه التوارث، ولا يقبل التداخل، فتتكرر فيه العقوبة على كل جريمة على حدة، واستيفاؤه منوط بصاحب الحق أو وليه.

---

(١) البدائع: ٧/ ٥٥ ومابعدها، ٨٦، المبسوط: ٩/ ١٨٥.

٣- الحق المشترك:

وهو الحق الذي يجتمع فيه الحقان: حق الله وحق الشخص، لكن إما أن يغلب فيه حق الله تعالى أو حق الشخص.

مثال الأول: عدة المطلقة، فيها حق الله: وهو صيانة الأنساب عن الاختلاط، وفيها حق الشخص، وهو المحافظة على نسب أولاده، لكن حق الله غالب؛ لأن في صيانة الأنساب نفعاً عاماً للمجتمع، وهو حمايته من الفوضى والانهيار. ومثاله أيضاً: صيانة الإنسان حياته وعقله وصحته وماله، فيها حقان، لكن حق الله غالب لعموم النفع العائد للمجتمع. ومثاله عند الحنفية[١] حد القذف (وهو ثمانون جلدة لمن يتهم غيره بالزنا) فيه حقان: حق للمقذوف بدفع العار عنه وإثبات شرفه وحصانته، وحق الله: وهو صيانة أعراض الناس وإخلاء العالم من الفساد، والحق الثاني أغلب[٢].

وحكمه: أنه يلحق بالقسم الأول، وهو حق الله تعالى باعتبار أنه هو الغالب.

ومثال الثاني: حق القصاص الثابت لولي المقتول، فيه حقان: حق لله وهو تطهير المجتمع عن جريمة القتل النكراء، وحق للشخص: وهو شفاء غيظه وتطييب نفسه بقتل القاتل، وهذا الحق هو الغالب؛ لأن مبنى القصاص على المماثلة، بقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٥/٤٥] والمماثلة ترجح حق الشخص.

وحكمه أنه يلحق بالقسم الثاني: وهو حق الشخص في جميع أحكامه، فيجوز لولي المقتول العفو عن القاتل، والصلح معه على مال، بل ندب الله تعالى إلى العفو والصلح، فقال: ﴿فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾ [البقرة: ٢/١٧٨]. وقال عز وجل: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا﴾ [الإسراء: ١٧/٣٣].

---

(١) فتح القدير: ٤/ ١٩٤، البدائع: ٧/ ٥٦، المبسوط: ٩/ ١١٣، رد المحتار والدر المختار: ٤/ ١٨٩.

(٢) وقال الشافعية والحنابلة وفي قول لمالك هو الأظهر عند ابن رشد: حد القذف حق خالص للمقذوف، لأن القذف جناية على عرضه، وعرضه حقه فالعقاب حقه.

تقسيم حق الشخص (أو العبد):

ينقسم حق الشخص الخاص باعتبار أنه صاحب الحق تقسيمين آتيين:

الأول ـ حقوق تقبل الإسقاط وحقوق لاتقبل الإسقاط:

١- **الحق القابل للإسقاط:** الأصل أن جميع الحقوق الشخصية تقبل الإسقاط بخلاف الأعيان، كحق القصاص وحق الشفعة وحق الخيار. وإسقاط الحق إما أن يكون بعوض أو بغير عوض.

٢- **الحق الذي لا يقبل الإسقاط:** هناك حقوق لا تقبل الإسقاط على سبيل الاستثناء من الأصل العام المتقدم وهي ما يأتي:

أ ـ الحقوق التي لم تثبت بعد: كإسقاط الزوجة حقها في المبيت والنفقة المستقبلة، وإسقاط المشتري حقه في خيار الرؤية قبل الرؤية، وإسقاط الوارث حقه في الاعتراض على الوصية حال حياة الموصي، وإسقاط الشفيع (الشريك أو الجار) حقه في الشفعة قبل البيع. كل هذا لا يسقط؛ لأن الحق نفسه لم يوجد بعد.

ب ـ الحقوق المعتبرة شرعاً من الأوصاف الذاتية الملازمة للشخص: كإسقاط الأب أو الجد حقهما في الولاية على الصغير، فإن الولاية وصف ذاتي لهما لا تسقط بإسقاطهما. ومثلها عند أبي يوسف: ولاية الواقف على وقفه، تثبت له سواء شرطها أو نفاها؛ لأنها أثر ملكه.

ج ـ الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير للأحكام الشرعية كإسقاط المطلق حقه في إرجاع زوجته، وإسقاط الواهب حقه في الرجوع عن الهبة، وإسقاط الموصي حقه في الرجوع عن الوصية.

ومنها إسقاط مالك العين حقه في ملكها، لا يقبل الإسقاط؛ لأن معنى إسقاط حقه في ملكها إخراجها عن ملكه إلى غير مالك، فتكون سائبة لا مالك لها، وقد نهى الشرع عن السائبة التي كانت في الجاهلية بقوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ

بَحِيرَةٍ[1] وَلَا سَآئِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ﴾ [المائدة: ١٠٣/٥]، فأصبح المبدأ المقرر: (لا سائبة في الإسلام). وعليه فإن العين في حكم الشرع لا بد أن يثبت فيها وصف الملك لأحد من الناس، فإسقاط المالك حقه في ملكها يترتب عليه تغيير حكم الشرع الثابت، وهذا باطل إذ ليس لأحد من الناس ولاية تغيير حكم الشرع المقرر.

د ـ الحقوق التي يتعلق بها حق الغير: كإسقاط الأم حقها في الحضانة، والمطلق حقه في عدة مطلقته، والمسروق منه حقه في حد السارق؛ لأن هذه الحقوق مشتركة، وإذا كان للإنسان ولاية على إسقاط حقه، فليس له ولاية على إسقاط حق غيره.

الثاني ـ حقوق تورث وحقوق لا تورث:

اتفق الفقهاء على وراثة الحقوق المقصود بها التوثق كحبس المرهون لوفاء الدين، وحبس المبيع لاستيفاء الثمن، وحق الكفالة بالدين لأنها من الحقوق اللازمة المؤكدة.

واتفقوا أيضاً على وراثة حقوق الارتفاق كحق الشِّرب والمرور؛ لأنها حقوق تابعة للعقار ولازمة له.

وكذلك اتفقوا على إرث خيار التعيين والعيب؛ لأن البيع في خيار التعيين لازم، والحق محصور في اختيار أحد الأشياء. والبيع تم في خيار العيب على أساس سلامة المبيع من العيب، فيثبت ذلك الحق للورثة دفعاً للضرر والغبن.

واختلف الفقهاء في إرث خيار الشرط وخيار الرؤية وأجل الدين وحق الغانم في الغنيمة بعد الإحراز، وقبل القسمة:

فقال الحنفية: لا تورث الحقوق والمنافع؛ لأن الإرث يجري في المال

---

(١) البحيرة: هي الشاة التي تلد خمسة أبطن خامسها أنثى. والسائبة: الناقة التي تسيب لآلهتهم فترعى حيث شاءت، ولا يأخذ لبنها إلا ضيف ولايحمل عليها. والوصيلة: الناقة التي تلد ذكراً ثم أنثى، فيقولون: وصلت أخاها، فلم يذبحوا الذكر لآلهتهم كما كان مقرراً عندهم من ذبح الذكر وإبقاء الأنثى لهم. والحام أو الحامي: الفحل الذي يولد من ظهره عشرة أبطن (تفسير ابن كثير: ٢/ ١٠٧ ومابعدها).

الموجود وهو الأعيان، وهذه ليست أموالاً عندهم. أما الديون فما دامت في الذمة فليست مالاً لأنها أوصاف شاغلة لها، ولا يتصور قبضها حقيقة، وإنما يقبض ما يعادلها، لكنها تورث لأنها مال حكمي؛ أي شيء اعتباري يملكه الدائن، وهو موجود في ثروة المدين، فالدين مال من حيث المآل.

وقال غير الحنفية: تورث الحقوق والمنافع والديون؛ لأنها أموال، ولقوله عليه السلام: «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته، ومن ترك كَلاً أو عيالاً فإلي»[1].

التقسيم الثاني ـــ باعتبار محل الحق

ينقسم الحق باعتبار محله المتعلق به إلى حق مالي وغير مالي، وإلى حق شخصي وحق عيني، وإلى حق مجرد وحق غير مجرد.

١- الحقوق المالية وغير المالية:

الحقوق المالية: هي التي تتعلق بالأموال ومنافعها أي التي يكون محلها المال أو المنفعة، كحق البائع في الثمن، والمشتري في المبيع، وحق الشفعة، وحقوق الارتفاق، وحق الخيار، وحق المستأجر في السكنى، ونحوها.

والحقوق غير المالية: هي التي تتعلق بغير المال مثل حق القصاص، وحق الحرية بجميع أنواعها، وحق المرأة في الطلاق أو التفريق لعدم الإنفاق، أو بسبب العيوب التناسلية أو للضرر وسوء العشرة أو للغيبة أو الحبس، وحق الحضانة، وحق الولاية على النفس، ونحو ذلك من الحقوق السياسية والطبيعية.

٢- الحق الشخصي والحق العيني:

الحق الشخصي: هو ما يقره الشرع لشخص على آخر. ومحله إما أن يكون قياماً بعمل كحق البائع في تسلم الثمن وحق المشتري في تسلم المبيع، وحق الإنسان في

---

(١) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد عن أبي هريرة بلفظ: «ما من مؤمن إلا أنا أولى به في الدنيا والآخرة، واقرؤوا إن شئتم: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٣٣/٦] فأيما مؤمن مات وترك مالاً فليرثه عصبته من كانوا، ومن ترك دَيْناً أو ضياعاً، فليأتني فأنا مولاه» والضياع أي ذوي ضياع أي لا شيء لهم (نيل الأوطار: ٦/ ٥٧).

الدين وبدل المتلفات والمغصوبات، وحق الزوجة أو القريب في النفقة. وإما أن يكون امتناعاً عن عمل كحق المودع على الوديع في عدم استعمال الوديعة.

وللحق الشخصي عناصر ثلاثة: هي صاحب الحق، ومحل الحق، والمكلف أو المدين، إلا أن العلاقة بين طرفي هذا الحق هي المتميزة أو البارزة، دون المحل وهو المال.

والحق العيني: هو ما يقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات. فالعلاقة القائمة بين صاحب الحق وشيء مادي معين بذاته، والتي بموجبها يمارس المستحق سلطة مباشرة على الشيء هي الحق العيني. مثل حق الملكية الذي به يستطيع المالك ممارسة أكمل السلطات على ما يملكه: وهي التصرف بالشيء واستثماره واستعماله. وحق الارتفاق المقرر لعقار على عقار معين كحق المرور أو المسيل أو تحميل الجذوع على الجدار المجاور. وحق احتباس العين المرهونة لاستيفاء الدين.

وللحق العيني عنصران فقط هما: صاحب الحق، ومحل الحق.

خصائص الحق العيني والحق الشخصي:

يتميز كل من هذين الحقين بمميزات وخصائص أهمها ما يأتي:

١ - حق التتبع لصاحب الحق العيني دون الشخصي: لصاحب الحق العيني تتبع الشيء الذي تعلق به حقه في أي يد وجدت فيها العين مهما تغير واضع اليد عليها. فلو غصب شخص شيئاً ثم باعه أو غصب منه وتداولته الأيدي، جاز لمالكه رفع الدعوى على الحائز الأخير صاحب اليد.

أما الحق الشخصي: فلا يطالب به إلا المكلف به أصالة وهو المدين أو نيابة وهو الكفيل أو المحال عليه.

وسبب التفرقة: أن الحق العيني متعلق بعين معينة لا بذمة شخصية، والعين يمكن انتقالها من يد إلى أخرى. أما الحق الشخصي فمتعلق بذمة المكلف أو المدين، فلا يسأل عنه غيره إلا بإرادته كما في الكفالة والحوالة.

٢ - حق الامتياز أو الأفضلية لصاحب الحق العيني: يكون لصاحب الحق العيني حق الأولوية أو الامتياز على سائر الدائنين العاديين إذا كان دينه موثقاً برهن.

أما صاحب الحق الشخصي فليس له حق الامتياز إلا استثناء في أحوال معينة كحالة التهمة أو الشك، فتقدم ديون الصحة على ديون المرض، وحالة الضرورة، فتقدم نفقات التكفين والتجهيز على بقية الحقوق المتعلقة بالتركة ويقدم دين النفقة للزوجة والأولاد الصغار على الديون العادية. وحالة رعاية المصلحة العامة، فتقدم ديون الحكومة على ديون الناس العادية.

٣ - سقوط الحق العيني بهلاك محله: إذا هلك محل الحق العيني سقط الحق وبطل العقد. فإذا هلك المبيع في يد البائع قبل قبض المشتري له بطل العقد، وسقط حق المشتري في تسلم المبيع. وإذا احترقت الدار المؤجرة بطل عقد الإجارة، وسقط حق المستأجر في الانتفاع بها.

أما إذا هلك محل الحق الشخصي فلا يسقط الحق ولا يبطل العقد، فإذا هلكت أموال المدين، فلا يسقط حق الدائن بالدين؛ لأن الدين متعلق بالذمة لا بمال معين. وإذا هلك الشيء المسلم فيه في عقد السلم وجب على البائع (المسلم إليه) تسليم غيره.

٣- الحقوق المجردة وغير المجردة:

الحق المجرد أو المحض: هو الذي لا يترك أثراً بالتنازل عنه صلحاً أو إبراء، بل يبقى محل الحق عند المكلف (أو المدين) بعد التنازل كما كان قبل التنازل. مثل حق الدين، فإن الدائن إذا تنازل عن دينه، كانت ذمة المدين بعد التنازل هي بعينها قبل التنازل، ولا يترتب على التنازل عن الحق أثر من الآثار. وكذلك حق الشفعة إذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة، كانت ملكية المشتري للعقار بعد التنازل عن الشفعة هي بعينها قبل التنازل. ومثله حق المدعي في تحليف خصمه اليمين، وحق الخيار، والحق في وظائف الأوقاف.

والحق غير المجرد: هو الذي يترك أثراً بالتنازل عنه، كحق القصاص فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه، ويترك فيه أثراً بالتنازل عنه، فيتغير فيه الحكم، فيصير معصوم الدم بالعفو بعد أن كان غير معصوم الدم، أي مباح القتل بالنسبة إلى ولي المقتول

المستحق للقصاص، ولكن برأي الحاكم. ومثل حق استمتاع الزوج بزوجته، يتعلق بالزوجة، ويمنعها من إباحة نفسها لغير زوجها بالعقد عليها، فإذا تنازل الزوج عن هذا الحق بالطلاق، استردت المرأة حريتها، فتتزوج بمن تشاء(١).

وتظهر فائدة هذا التقسيم فيما يأتي:

الحق غير المجرد تجوز المعاوضة عنه بالمال، كحق القصاص وحق الزوجة يجوز لكل من ولي المقتول والزوج أخذ العوض المالي في مقابل التنازل عن حقه بالصلح.

أما الحق المجرد: فلا يجوز الاعتياض عنه كحق الولاية على النفس والمال وحق الشفعة، وهذا رأي الحنفية، ويجوز عند غير الحنفية أخذ العوض عنه.

التقسيم الثالث ــ باعتبار المؤيد القضائي وعدمه:

ينقسم الحق باعتبار وجود المؤيد القضائي وعدمه إلى نوعين: حق دياني، وحق قضائي. فالحق الدياني: هو الذي لا يدخل تحت ولاية القضاء. فلا يتمكن القاضي من الإلزام به لسبب من الأسباب كالعجز عن إثباته أمام القضاء. وإنما يكون الإنسان مسؤولاً عنه أمام ربه وضميره. فالدين الذي عجز صاحبه عن إثباته أمام القضاء لا يعني أنه صار غير مستحق، بل يجب على المدين ديانة المبادرة إلى وفائه. والزواج العرفي غير المسجل في المحاكم الشرعية تكون فيه الزوجية ثابتة ديانة. وتترتب عليها الأحكام الشرعية من نفقة وثبوت نسب الأولاد وغير ذلك.

والحق القضائي: هو ما يدخل تحت ولاية القاضي، ويمكن لصاحبه إثباته أمام القضاء.

وتظهر ثمرة التقسيم في أن الأحكام الديانية تبنى على النوايا والواقع والحقيقة. وأما الأحكام القضائية فتبنى على ظاهر الأمر ولا ينظر فيها إلى النوايا وواقع الأمر وحقيقته. فمن طلق امرأته خطأ، ولم يقصد إيقاع الطلاق، يحكم القاضي بوقوع طلاقه عملاً بالظاهر واستحالة معرفة الحقيقة، ويكون الحكم بوقوع الطلاق حكماً

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية لأستاذنا الشيخ علي الخفيف: ص ٣٨.

قضائياً. وأما ديانة فالحكم عدم وقوع الطلاق، وللإنسان أن يعمل بذلك فيما بينه وبين الله تعالى، وللمفتي إفتاؤه بذلك؛ لأن الزوج لم يقصد الطلاق في الواقع.

المبحث الثالث ـ مصادر الحق أو أسبابه

عرفنا سابقاً أن منشأ الحق أو سببه الأساسي أو غير المباشر: هو الشرع. فالشرع هو المصدر الأساسي للحقوق، والسبب الوحيد لها، غير أن الشرع قد ينشئ الحقوق مباشرة من غير توقف على أسباب أخرى، كالأمر بالعبادات المختلفة، والأمر بالإنفاق على القريب، والنهي عن الجرائم والمحرمات، وإباحةالطيبات من الرزق، فإن أدلة الشرع هنا تعتبر أسباباً مباشرة للحقوق.

وقد ينشئ الشارع الحقوق أو الأحكام مرتبة على أسباب أخرى يمارسها الناس، كعقد الزواج، فإنه ينشئ حق النفقة للزوجة والتوارث بين الزوجين وغير ذلك. وعقد البيع ينشئ ملك البائع للثمن والمشتري للمبيع. والغصب سبب للضمان عند هلاك المغصوب. وتعتبر العقود والغصب أسباباً مباشرة، وأدلة الشرع أسباباً غير مباشرة.

والمقصود من الأسباب أو المصادر في هذا المبحث: الأسباب المباشرة، سواء أكانت أدلة الشرع أم الأسباب التي أقرتها وعينتها هذه الأدلة. فليس المراد من المصدر هنا: المصدر الآمر في إيجاب الالتزام، إذ تكون عندئذٍ جميع المصادر مردها إلى الشرع أو القانون.

ومصادر الحق بالنسبة للالتزامات[1] خمسة: هي الشرع، والعقد، والإرادة المنفردة، والفعل النافع، والفعل الضار.

فالعقد كالبيع والهبة والإجارة. والإرادة المنفردة كالوعد بشيء والنذر. والشرع كالالتزام بالنفقة على الأقارب والزوجة، والتزام الولي والوصي، وإيجاب الضرائب. والفعل الضار بالغير كالتزام المتعدي بضمان الشيء الذي أتلفه أو غصبه. والفعل النافع أو الإثراء بلا سبب كأداء دين يظنه الشخص على نفسه، ثم يتبين أنه

(١) الالتزام هو الحادث الذي نشأ عنه الالتزام.

كان بريئاً منه، أو أداء دين الغير بأمره، أو شراء شيء ثم يتبين أنه ملك الغير، فيجوز لصاحب الحق الرجوع على الآخر بالدين، لعدم استحقاق الآخر له.

ويمكن إدخال جميع هذه المصادر في الواقعة الشرعية. والواقعة الشرعية إما أن تكون طبيعية كالجوار والقرابة والمرض ونحوها، أو اختيارية. والواقعة الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية ممنوعة وهي الفعل الضار، أو أعمالاً مشروعة من جانب واحد وهي الفعل النافع، وإما أن تكون تصرفات شرعية.

والتصرفات الشرعية: إما وحيدة الطرف وهي الإرادة المنفردة، أو متعددة وهي العقد[١].

ويلاحظ أن هذه المصادر هي الأسباب المباشرة للالتزم، وأما المصدر غير المباشر لكل التصرفات الشرعية والأفعال المادية فهو الشرع.

وأما مصادر الحق العيني فهي أسباب الملك التام أو الناقص الآتي بيانها في بحث نظرية الملكية.

قال الدكتور السنهوري: إنه يمكن رد مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي (سواء بالنسبة للالتزامات أم بالنسبة للحقوق العينية) إلى مصدرين اثنين، كما في الفقه الغربي أو القوانين الوضعية وهما: التصرف القانوني، والواقعة القانونية[٢].

والتصرف الشرعي أو القانوني يشمل العقد والإرادة المنفردة. والواقعة الشرعية أو القانونية تشمل الفعل الضار والفعل النافع.

ويلاحظ أخيراً أن الإقرار لا يعد منشئاً للحق، وإنما هو إخبار بالحق على الرأي الراجح عند الفقهاء. كما أن قضاء القاضي لا يعد منشئاً للحق، وإنما هو مظهر للحق وكاشف له، إلا إذا قضى القاضي بشهادة زور، ولم يكتشف الزور فيها، فإن قضاءه يعد منشئاً للحق ظاهراً أي قضاء لا ديانة.

وهذه هي المسألة المعروفة في الفقه الإسلامي بأن قضاء القاضي ينفذ ظاهراً وباطناً، أو ظاهراً فقط، وهي محل خلاف بين الفقهاء.

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ الزرقاء: ف ٤٩-٥٢.
(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري: ٦٩/١.

المبحث الرابع ـ أحكام الحق

أحكام الحق: هي آثاره المترتبة عليه بعد ثبوته لصاحبه، وأحكامه ما يأتي:

١- استيفاء الحق:

لصاحب الحق أن يستوفي حقه بكل الوسائل المشروعة.

أ ـ واستيفاء حق الله تعالى في العبادة يكون بأدائها على الوجه الذي رسمه الله تعالى للعبادة إما في الأحوال العادية (العزيمة)، أو في الأحوال الاستثنائية (الرخصة) مثل قصر الصلاة، وإباحة الفطر في رمضان للمريض والمسافر، والتيمم بالتراب بدل الماء أثناء المرض أو فقد الماء، والنيابة في الحج للعاجز عنه، وإباحة النطق بالكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان حال الإكراه عليه.

فإن امتنع الشخص عن أداء العبادة: فإن كان الحق مالياً كالزكاة أخذه الحاكم جبراً عنه ووزعه في مصارفه الشرعية. وإن كان غير مال حمله الحاكم على فعله بما يملك من وسائل إن ترك الحق ظاهراً، وإلا عاقبه الله في الدنيا بالمحن والآلام، وفي الآخرة بالعذاب الأليم.

واستيفاء حق الله تعالى في منع الجرائم والمنكرات يكون بامتناع الناس عنها، فإن لم يكفّ الناس عنها، كان حق الله إقامة العقوبة، ويستوفيها ولي الأمر أو نائبه بعد إصدار الحكم القضائي بها منعاً من التظالم وإثارة الفتن والعداوات، وشيوع الفوضى وانهيار المجتمع.

ب ـ واستيفاء حق الإنسان (العبد): يكون بأخذه من المكلف به باختياره ورضاه، فإن امتنع من تسليمه: فإن كان الموجود تحت يده عين الحق كالمغصوب والمسروق والوديعة، أو جنس الحق كأمثال العين المغصوبة عند هلاكها، ولكن ترتب على أخذه من قبل صاحب الحق نفسه فتنة أو ضرر في الحالتين أو كان الموجود تحت يده من خلاف جنس الحق مطلقاً، فليس لصاحب الحق باتفاق الفقهاء استيفاؤه بنفسه، وإنما بواسطة القضاء.

أما إذا كان الموجود تحت يد الآخذ مالاً من جنس الحق، ولم يترتب على

الأخذ بطريق خاص فتنة أو ضرر، فالمشهور عند المالكية والحنابلة أن صاحب الحق يستوفيه بواسطة القضاء[١]، لقوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[٢]، ولأن النبي ﷺ قضى لهند زوجة أبي سفيان بأخذ حقها ولو لم يعلم زوجها بقوله: «خذي مايكفيك وولد ك بالمعروف»[٣] فدل على أنه لا بد من القضاء لأخذ عين الحق أو جنسه.

وقال الشافعية[٤]: لصاحب الحق استيفاء حقه بنفسه بأي طريق، سواء أكان من جنس حقه، أم من غير جنسه، لقوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى: ٤٢/ ٤٠]، ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ﴾ [النحل: ١٦/ ١٢٦] والمثلية ليست من كل وجه، وإنما في المال. ولقوله عليه السلام: «من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به»[٥].

ووافق الحنفية[٦] على رأي الشافعية فيما إذا كان المأخوذ من جنس حقه لا من غيره، والمفتى به اليوم كما قال ابن عابدين جواز الأخذ من جنس الحق أو من غيره، لفساد الذمم والمماطلة في وفاء الديون.

ويلاحظ أن هذا البحث المسمى فقهاً «الظفر بالحق» من أهم أحكام المعاملات التي يفرق فيها بين الأحكام القضائية والأحكام الديانية.

والخلاصة: أن من وجد عين حقه عند آخر مالاً أو عروضاً (سلعاً) وكان مماطلاً في رده أو جاحداً الدين، فيباح له باتفاق الفقهاء أخذه ديانة لا قضاء للضرورة، عملاً بالحديث السابق: (من وجد عين ماله فهو أحق به)[٧].

---

(١) الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٣٣٥، القوانين الفقهية: ص٣٥٩، المغني: ٨/ ٢٥٤ ومابعدها.
(٢) رواه الترمذي وأبو داود وحسنه وصححه الحاكم من حديث أبي هريرة.
(٣) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة إلا الترمذي (نيل الأوطار، ٦/ ٣٢٣، سبل السلام: ٣/ ٢١٩).
(٤) مغني المحتاج: ٤/ ١٦٢، المهذب: ٢/ ٢٨٢.
(٥) رواه أحمد وأبو داود والنسائي عن سمرة بن جندب.
(٦) فتح القدير: ٤/ ٢٣٦، رد المحتار والدر المختار: ٣/ ٢١٩ ومابعدها، ٢٦٥.
(٧) نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص ١٨٨ ومابعدها، ط أولى أو مابعدها.

نوع المأخوذ: الأصل في استيفاء الحق أن يكون بالعدل، فلا يزاد عليه فإن كان الحق معلوم النوع محدد المقدار كثمن دار وأجرتها وبدل قرض فلا تجوز الزيادة عليه في الاستيفاء وفي حكم القاضي.

وإن كان الحق مطلقاً غير محدد النوع أو المقدار، فيحمل على الوسط المتعارف عليه بين الناس، فيؤخذ المتوسط من أموال الزكاة. ولا تؤخذ كرائم الأموال أو خسيسها.

والدليل على استيفاء الوسط نصوص كثيرة قرنت بالمعروف أو العرف، مثل قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٣٣] ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٣٣] وفي كفارة اليمين صرح باعتبار الوسط في قوله تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٥/ ٨٩] والمراد بالأوسط: الوسط في نوع الطعام وعدد الوجبات. وعلى هذا فنفقة الزوجة والأقارب مقدرة بالوسط المتعارف عليه بالنص، وتجب زكاة الفطر من غالب قوت البلد: وهو الذي تعارف أهل البلد على تناوله.

ويجوز التعزير للممتنع عن دفع الزكاة بأخذ أعلى الحق الواجب، أو تغريمه الضعف، لقوله عليه السلام: «من دفعها مؤتجراً بها فله أجرها، ومن منعها فإنّا آخذوها وشطر ماله، عَزْمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى»[1].

التسامح في الاستيفاء والأداء: الأصل أن يكون استيفاء الحق كاملاً، لكن الشارع ندب صاحب الحق إلى عدم استيفاء حقه كله أو بعضه تسامحاً وإحساناً وإيثاراً، وبخاصة إذا كان المكلف أو المدين في ضائقة، وذلك خير يثاب عليه فاعله، قال تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٠] والمراد بالتصدق في الآية: إبراء المدين من دينه.

وفي تنازل المرأة عن شيء من حقوقها أو كل مهرها، قال تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴿٤﴾﴾ [النساء: ٤/ ٤]. ﴿وَإِن

---

(١) رواه أحمد والنسائي وأبو داود عن بَهْز بن حكيم عن أبيه عن جده، بلفظ: «من أعطاها مؤتجراً فله أجرها، ومن منعها فإنا آخذوها، وشطر إبله، عَزْمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى..» (نيل الأوطار: ٤/ ١٢١ ومابعدها).

طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٣٧] وفي التنازل عن حق القصاص قال تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا﴾ [الإسراء: ١٧/ ٣٣].

وهناك آية تقرر مبدءاً عاماً في التنازل عن الحقوق وهي قوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ﴾ [الشورى: ٤٢/ ٤٠].

٢- حماية الحق:

قررت الشريعة حماية الحق لصاحبه من أي اعتداء بأنواع مختلفة من المؤيدات منها المسؤولية أمام الله، والمسؤولية المدنية، وتقرير حق التقاضي.

فالعبادات التي هي نوع من حقوق الله تعالى حماها الشرع بوازع الدين ودافع الإيمان القائمين على الرهبة من عذاب الله، والرغبة في ثوابه ونعيم الدنيا. ولذا كثيراً ما بدئت آيات القرآن في التكاليف الشرعية بوصف الإيمان: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٢].

وهناك نوع آخر من الحماية للعبادة وهو الحسبة[١]: وهي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، وهو حق ثابت لكل فرد من أفراد الأمة، وللمحتسب وهو والي الحسبة، فله مطالبة تارك الصلاة والزكاة، أو المفطر في رمضان بأداء ما تركه. ولكل مسلم رفع دعوى الحسبة على المعاصي إلى المحتسب أو القاضي ليؤدب العاصي بما يردعه ويزجره عن ترك العبادات وغيرها.

وهكذا بقية حقوق الله تعالى كالكف عن الجرائم تكون حمايتها أيضاً بوازع الدين وبالحسبة.

---

(١) الحسبة: وظيفة إدارية للدولة مهمتها مراقبة الناس والأسواق وحماية الناس من الانحراف عن آداب الدين، ومن جشع التجار والصناع والغش والبيع بأكثر من ثمن المثل وعدم إجادة الصناعة، وخلاصة مهمتها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وتشبه ما تقوم به البلديات الآن من مراقبة الأسواق وما تقوم به إدارة الأمن العام من مراقبة الآداب. وما تقوم به النيابة العامة من تقديم الجاني إلى القضاء.

وأما حقوق الناس الخاصة (العباد) فحمايتها بوازع الدين الذي يوجب على كل فرد احترام حق غيره في ماله أو عرضه أو دمه، وبالمرافعة إلى القضاء لمطالبة من وجبت عليه.

وهكذا حمت الشريعة كل أنواع الحقوق الدينية والمدنية، الخاصة والعامة باحترام الحق لصاحبه، وعدم الاعتداء عليه، وبمعاقبة المعتدي.

٣- حق التأليف والنشر والتوزيع:

أ - أما حق المؤلف الذي يدخل تحت عنوان قانوني جديد وهو الحق الأدبي فهو حق مصون في تقديري شرعاً على أساس قاعدة الاستصلاح أو المصلحة المرسلة (وهي الأوصاف التي تلائم تصرفات الشرع ومقاصده، ولكن لم يشهد لها دليل معين من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء، ويحصل من ربط الحكم بها جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الناس) فكل عمل فيه مصلحة غالبة أو دفع ضرر أو مفسدة يكون مطلوباً شرعاً.

والمؤلف قد بذل جهداً كبيراً في إعداد مؤلَّفه، فيكون أحق الناس به، سواء فيما يمثل الجانب المادي: وهوالفائدة المادية التي يستفيدها من عمله، أو الجانب المعنوي: وهو نسبة العمل إليه. ويظل هذا الحق خالصاً دائماً له، ثم لورثته لقول النبي ﷺ فيما رواه البخاري وغيره: «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته».

وبناء عليه يعتبر إعادة طبع الكتاب أو تصويره اعتداء على حق المؤلف، أي أنه معصية موجبة للإثم شرعاً، وسرقة موجبة لضمان حق المؤلف في مصادرة النسخ المطبوعة عدواناً وظلماً، وتعويضه عن الضرر الأدبي الذي أصابه. وذلك سواء كتب على النسخ المطبوعة عبارة: (حق التأليف محفوظ للمؤلف) أم لا، لأن العرف والقانون السائد اعتبر هذا الحق من جملة الحقوق الشخصية، والمنافع تعد من الأموال المتقوّمة في رأي جمهور الفقهاء غير الحنفية، لأن الأشياء أو الأعيان تقصد لمنافعها لا لذواتها، والغرض الأظهر من جميع الأموال هو منفعتها كما قال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام.

بل إن متأخري الحنفية أفتوا بضمان منافع المغصوب في ثلاثة أشياء: المال الموقوف، ومال اليتيم، **والمال المُعَدّ للاستغلال.**

والمؤلف حينما يطبع كتابه يقصد به أمرين: نشر العلم، واستثمار مؤلفه. ويكون لكل طبعة من طبعات الكتاب حق خاص للمؤلف.

وتذرع بعض الناشرين بأنهم في إعادة الطبع أو التصوير إنما ينشرون العلم ويخدمون المؤلّف هو تحايل شيطاني وذريعة فاسدة، لأن الحرام لايكون ولايصح بحال طريقاً للحلال. ويُبطل زعمَهم، أنهم لولا قصد الربح المادي المنتظر من وراء شهرة كتاب انتشر تداوله لما أقدموا على الطبع أو التصوير.

أما **الكتب القديمة** التي لم يَعُد يُعرَف ورثة مؤلّفها فلا مانع من طبعها بشرط عدم الاعتداء على جهد دار النشر الخاص الذي بذلته في إخراج الكتاب من تعليق وعلامات ترقيم وتصحيح ونحو ذلك.

ب - وأما **حق النشر أو التوزيع** فيحكمه العقد أو الاتفاق الحاصل بين المؤلف والناشر أو الموزع، فيجب على طرفي الاتفاق الالتزام بمضمونه من حيث عدد النسخ المطبوعة والمدة التي يسري فيها الاتفاق. والله تعالى أمر بالوفاء بالعقود ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ٥/١]، ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ﴾ [الإسراء: ١٧/ ٣٤].

وبناء عليه يحرم شرعاً نقض بنود الاتفاق، ولايجوز للمؤلف أن يقوم بإعطاء حق النشر أو التوزيع لغير الدار التي التزم معها في مدة معينة. وأما مايقال من جهد دار التوزيع أو النشر، فهذا قد استوفت الدار عوضه بما تأخذه من ربح، والشهرة كانت بالرواج النابع من موضوع الكتاب لا من شكله وإخراجه، فهذا له دور ثانوي، بدليل أن كثيراً من الكتب ذات إخراج بديع، ولكنها تافهة لم يكتب لها الرواج. كذلك لايصح القول: إن دار النشر أو التوزيع هي التي أضفت على المؤلف وكتابه شهرة، فذلك قد استوفت الدار عوضه مما أخذته من نسبة مئوية عالية تفوق فعلاً مايستفيده صاحب التأليف ذاته.

جـ - كذلك **الترجمة** ينبغي أن يكون نشرها بإذن المؤلف وباتفاق معه، وحق

المؤلف أو الناشر حينئذٍ يتجلى في المطالبة بما يحقق الكتاب من أرباح بنسبة مئوية بحسب الاتفاقات أو الأعراف الشائعة التي تُعرَفُ من مجموع اتفاقات المؤلفين والناشرين.

والخلاصة: إن البرَّ: ما اطمأنت إليه النفس واطمأن إليه القلب، والإثم: ما حاك في الصدر وكرهت أن يطلع عليه الناس. ولاشك أن حق المؤلف أصبح معترفاً به في القوانين والأعراف، وأن الطبع أو التصوير بغير حق عدوان وظلم على حق المؤلف، وأن فاعل ذلك يتهرب عادة من المسؤولية، ولايجرؤ على الاعتراف بفعله الآثم، مما يدل على أن عمله ظلم موجب لتعويض صاحب الحق، والمسلم أولى الناس برعاية الحقوق والوفاء بالذمم والعهود، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل.

٤- استعمال الحق بوجه مشروع:

على الإنسان أن يستعمل حقه وفقاً لما أمر به الشرع وأذن به. فليس له ممارسة حقه على نحو يترتب عليه الإضرار بالغير، فرداً أو جماعةً، سواء أقصد الإضرار أم لا. وليس له إتلاف شيء من أمواله أو تبذيره لأن ذلك غير مشروع.

فحق الملكية يبيح للإنسان أن يبني في ملكه ما يشاء وكيف يشاء، لكن ليس له أن يبني بناء يمنع عن جاره الضوء والهواء، ولا أن يفتح في بنائه نافذة تطل على نساء جاره، لإضراره بالجار.

واستعمال الإنسان حقه على وجه يضر به أو بغيره هو ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق عند فقهاء القانون الوضعي.

فإن مارس الإنسان ما ليس حقاً له فلا يسمى تعسفاً وإنما هو اعتداء على حق الغير، فالمستأجر الذي ينتفع بالدار على وجه يضر بها يعد متعسفاً، أما الغاصب فإنه يعد متعدياً.

وتجاوز الحكام والموظفين حدود الشريعة وحدود صلاحياتهم كاغتصاب بعض الأموال، وجباية ضرائب ظالمة لا يعد تعسفاً في استعمال الحق، وإنما هو

استعمال لغير الحق أو تجاوز عن الحق، المستوجب التأديب أو التعزير، فقد عزل عمر عمار بن ياسر عن ولاية الكوفة والمغيرة بن شعبة عن ولاية البصرة لما شكا إليه أهل الولايتين. وأنشأ عبد الملك بن مروان ولاية المظالم (كمجلس الدولة الآن) لمحاسبة الولاة والجباة وموظفي الدولة إذا ظلموا أحداً من الناس، أوتجاوزوا حدود سلطتهم أو صلاحيتهم.

أدلة حرمة التعسف: هناك أدلة كثيرة على تحريم التعسف منها ما يأتي:

١ - قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ۚ﴾ [البقرة: ٢/٢٣١] نهى الشرع عن استعمال حق المراجعة بقصد الإضرار، كما كان يفعل في الجاهلية حيث يطلق الرجل زوجته، ثم إذا قاربت عدتها على الانتهاء راجعها، ثم طلقها، فنهى الشرع عنه، والنهي يفيد التحريم، فيكون التعسف حراماً.

٢ - قال تعالى بعد بيان أنصباء الورثة: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّۚ وَصِيَّةً مِّنَ ٱللَّهِۗ﴾ [النساء: ٤/١٢] نهى الله تعالى عن الوصية الضارة بالورثة كالوصية لوارث أو بأكثر من الثلث، والنهي للتحريم، فيكون التعسف حراماً.

٣ - قال عز وجل: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ﴾ [النساء: ٤/٥] فقد أمر الله بالحجر على السفيه الذي يبذر ماله، إذ إنه تعسف في استعمال حق الإنفاق، فيكون التعسف ممنوعاً مستحقاً التأديب والحجر.

٤ - حديث السفينة في التضامن بإزالة المنكر(١): أمر الرسول ﷺ بمنع من في أسفل السفينة من خرقها، لما فيه من الضرر، وهو هلاك الجميع، ففعلهم يكون تعسفاً حراماً.

---

(١) أخرج البخاري عن النعمان بن بشير أنه ﷺ قال: «مثَل القائم في حدود الله والواقع فيها، كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها، وبعضهم أسفلها، وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا؟ فإن تركوهم وما أرادوا. هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجوا، ونجوا جميعاً».

السبب في تحريم التعسف: هناك سببان في تحريم التعسف وهما:

أولاً ـ ليس لصاحب الحق حرية مطلقة في ممارسته، وإما هو مقيد بعدم الإضرار بالغير، للنصوص الشرعية التي تمنع الإضرار بالغير وتحريم الاحتكار وبيع مال المحتكر جبراً عنه عند الحاجة، وتحريم العدوان على الدماء والأموال والأعراض، سواء أكان الضرر ناشئاً عن استعمال حق مشروع أم عند اعتداء محض.

ثانياً ـ نزعة الحقوق الجماعية: فلا تقتصر المصلحة المستفادة من الحق الخاص المالي على صاحبه فقط، وإنما تعود على المجتمع أيضاً؛ لأن ثروته جزء من ثروة الأمة التي يجب أن تبقى قوية استعداداً للطوارئ. بل إن للمجتمع في الظروف العادية نصيباً مفروضاً في المال الخاص عن طريق الزكاة والخراج والكفارات وصدقة الفطر وغيرها، ونصيباً مندوباً إليه عن طريق الصدقات والوصايا والأوقاف وسائر وجوه الخير والبر. وهذا ما يعبر عنه اليوم باشتراكية الحقوق.

وإذا كان للمجتمع حق في مال الأفراد، فيجب ألا يتصرف الفرد في ماله تصرفاً ضاراً؛ لأن ذلك يعد اعتداءً على حق المجتمع، واعتداءً على نفسه.

قواعد منع التعسف في استعمال الحق:

القاعدة الأولى ـــ قصد الإضرار: إذا قصد الإنسان من استعمال حقه الإضرار لا المصلحة المنشودة من الحق، كان استعماله تعسفاً محرماً، ووجب منعه. والدليل على ذلك تحريم الرجعة إضراراً بالزوجة، والوصية إضراراً بالورثة والدائنين، وسفر الزوج بزوجته بعيداً عن بلدها وأهلها إضراراً بها. ورفع الدعوى على الفضلاء بالتهم الباطلة للتشهير بهم. وإقرار مريض الموت بالدين لحرمان الورثة أو الدائنين. وطلاق مريض الموت زوجته فراراً من ميراثها. فكل ذلك تعسف حرام، وأساس هذه القاعدة هو قصد الضرر.

ويترتب على التعسف في هذه الحالة ثلاثة أمور: تأديب صاحب الحق المتعسف وتعزيره بما يراه القاضي رادعاً لأمثاله، وبطلان التصرف إذا كان قابلاً للإبطال، وتعويض الضرر من هذا التعسف. ويعرف قصد الضرر بالأدلة والقرائن.

القاعدة الثانية ـــ قصد غرض غير مشروع: إذا قصد الشخص من استعمال حقه

تحقيق غرض غير مشروع لا يتفق مع المصلحة المقصودة من الحق، وإنما يستتر وراء استعمال الحق المشروع، كاتخاذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول، ولا يقصد به الزواج الدائم، واتخاذ عقد البيع وسيلة للربا أو الفائدة، ومنه بيع العينة: وهو شراء شيء بثمن مؤجل ثم بيعه لنفس البائع الأول بثمن فوري أقل من الثمن الأول، قاصداً به الربا، فذلك كله تعسف حرام، لقوله عليه السلام: «لعن الله المحلل والمحلل له»[1] وقوله: «يأتي على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع»[2] ولنهيه عليه السلام عن بيع العِينة صراحة[3].

ومنه إسلام الزوجة غير المسلمة بقصد الإرث من زوجها، وهبة المال قبيل الحول بقصد إسقاط الزكاة الواجبة.

وقد أخذت هذه القاعدة من مبدأ (سد الذرائع) وما يتفرغ عنه من بطلان الحيل المحرمة التي يقصد بها إباحة الحرام أو تحريم الحلال أو إسقاط الواجب.

وأساس هذه القاعدة هو قصد الضرر أيضاً كالقاعدة الأولى، ويعرف ذلك بالأدلة والقرائن التي تعين القصد.

القاعدة الثالثة ـ ترتب ضرر أعظم من المصلحة: إذا استعمل الإنسان حقه بقصد تحقيق المصلحة المشروعة منه، ولكن ترتب على فعله ضرر يصيب غيره أعظم من المصلحة المقصودة منه، أو يساويها، منع من ذلك سداً للذرائع، سواء أكان الضرر الواقع عاماً يصيب الجماعة، أو خاصاً بشخص أو أشخاص. والدليل على المنع قول الرسول ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[4] وعلى هذا فإن استعمال الحق

---

(١) رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه وأبو داود وابن ماجه عن ابن مسعود قال: «لعن رسول الله ﷺ المحلِّل والمحلَّل له» (نيل الأوطار: ٦/ ١٣٨).

(٢) حديث مرسل، صالح للاعتضاد به بالاتفاق، وله من المسندات مايشهد له، وهي الأحاديث الدالة على تحريم العينة، استدل به الأوزاعي ورواه (نيل الأوطار: ٥/ ٢٠٧).

(٣) رواه أحمد وأبو داود عن ابن عمر بلفظ «إذا ضن الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم بلاء، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم» (نيل الأوطار: ٥/ ٢٠٦).

(٤) حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً عن أبي سعيد الخدري، ورواه مالك مرسلاً عن عمرو بن يحيى عن أبيه.

يكون تعسفاً إذا ترتب عليه ضرر عام، وهو دائماً أشد من الضرر الخاص، أو ترتب عليه ضرر خاص أكثر من مصلحة صاحب الحق أو أشد من ضرر صاحب الحق أو مساو لضرر المستحق. أما إذا كان الضرر أقل أو متوهماً فلا يكون استعمال الحق تعسفاً.

من أمثلة الضرر العام بالأمة أو بالجماعة: الاحتكار: وهو شراء ما يحتاجه الناس وادخاره لبيعه وقت غلاء الأسعار وحاجة الناس إليه. وهو ممنوع للحديث النبوي: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون» «لا يحتكر إلا خاطئ»[(١)].

ومنه تلقي الركبان: وهو تلقي التاجر للوافدين من الريف إلى المدينة لبيع محاصيلهم، وشراؤها بثمن أقل من السعر القائم، وبيعها لأهل المدينة بثمن مرتفع. وهذا حرام لأن النبي ﷺ نهى عن تلقي الركبان[(٢)].

ومنه بيع السلاح أثناء الفتنة، وبيعه لقطاع الطرق، وبيع العنب للخمار، وبيع السلع بأكثر من ضعف القيمة، فذلك يضر الجماعة، فيمنع التاجر منه، ولولي الأمر عند الحنفية والمالكية تسعير السلع بالربح المعقول. فإن أبوا من ذلك بيعت السلع جبراً عنهم.

كذلك لولي الأمر منع الناس من زراعة المخدرات، وزراعة أشياء لا تحتاج إليها الأمة أو تحتاج إلى غيرها.

ومثال الضرر الخاص الأشد: فتح نافذة في بناء تطل على مقر نساء الجار إلا إذا كانت أعلى من مستوى النظر. وقد منع الرسول عليه السلام سمرة بن جندب من دخول بستان لأحد الأنصار لتفقد نخله بسبب تأذي الأنصاري من دخوله[(٣)]؛ لأن الضرر في الدخول كان أشد من عدم تفقد صاحب النخل نخله.

---

(١) الحديث الأول ضعيف رواه ابن ماجه عن عمر، والحديث الثاني صحيح رواه أحمد ومسلم وأبو داود عن معمر بن عبد الله العدوي (نيل الأوطار: ٥/ ٢٢٠).

(٢) متفق عليه بين أحمد والشيخين عن ابن مسعود بلفظ «نهى النبي عن تلقي البيوع» ولفظ البخاري عن ابن عباس «لا تلقوا الركبان» (نيل الأوطار: ٥/ ١٦٦، سبل السلام: ٣/ ٢٠-٢١).

(٣) رواه مسلم ومالك وأحمد وابن ماجه (شرح مسلم: ١١/ ٤٧).

ومثال الضرر الخاص المساوي للمصلحة: أن يفعل مالك الدار فيها شيئاً يتضرر به جيرانه. رأى أبو حنيفة منعه من ذلك دفعاً للضرر الذي يصيب غيره، والضرر يجب رفعه لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار».

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يمنع صاحب الحق حينئذ من استعمال حقه مراعاة لحق المالك، لتساويهما في الضرر، فيرجح حق المالك عملاً بما يبيحه له ملكه من استعمال وانتفاع.

ومثال الضرر القليل: بناء جدار أو غرس شجر في أرضه، مما يترتب عليه حجب الهواء عن جاره، لا يمنع منه المالك ولا يكون تعسفاً؛ إذ لا بد من مثل هذا الضرر القليل عادة أثناء الانتفاع بالحق.

ومثال الضرر الموهوم: كثرة إنجاب النسل الذي قد يترتب عليه ضائقة اقتصادية، لا يمنع منه الإنسان؛ لأن الضرر هنا متوهم؛ فالله تعالى أودع في الأرض من الكنوز والموارد ما يكفي حاجة الإنسان إذا استخدمت الأيدي العاملة والعقول المفكرة، وتمت مراقبة الله وتقواه في هذه الموارد، كما قال تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ ٱلْقُرَىٰٓ ءَامَنُوا۟ وَٱتَّقَوْا۟ لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَٰتٍ مِّنَ ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ وَلَٰكِن كَذَّبُوا۟ فَأَخَذْنَٰهُم بِمَا كَانُوا۟ يَكْسِبُونَ ﴿٩٦﴾﴾ [الأعراف: ٧/ ٩٦]. وقال سبحانه في شأن أهل الكتاب: ﴿وَلَوْ أَنَّهُمْ أَقَامُوا۟ ٱلتَّوْرَىٰةَ وَٱلْإِنجِيلَ وَمَآ أُنزِلَ إِلَيْهِم مِّن رَّبِّهِمْ لَأَكَلُوا۟ مِن فَوْقِهِمْ وَمِن تَحْتِ أَرْجُلِهِم ۚ مِّنْهُمْ أُمَّةٌ مُّقْتَصِدَةٌ ۖ وَكَثِيرٌ مِّنْهُمْ سَآءَ مَا يَعْمَلُونَ ﴿٦٦﴾﴾ [المائدة: ٥/ ٦٦].

وأساس هذه القاعدة: هو مقدار الضرر الناشئ عن استعمال الحق.

القاعدة الرابعة ـ الاستعمال غير المعتاد وترتب ضرر للغير: إذا استعمل الإنسان حقه على نحو غير معتاد في عرف الناس، ثم ترتب عليه ضرر للغير، كان متعسفاً، كرفع صوت المذياع المزعج للجيران والتأذي به، واستئجار دار، ثم ترك الماء في جدرانها وقتاً طويلاً، أو استئجار سيارة ثم يحملها أكثر من حمولتها، أودابة ثم يضربها ضرباً قاسياً أو يحملها ما لا تطيق.

ففي كل ذلك يعتبر متعسفاً، فيمنع من تعسفه، ويعوض المتضرر عما أصابه من ضرر.

كذلك يمنع من استعمال حقه، إذا استعمل حقه استعمالاً غير معتاد، ولم يترتب عليه ضرر ظاهر؛ لأن الاستعمال على هذا النحو لا يخلو من ضرر، وعدم ظهور الضرر لا يمنع من وجوده في الواقع، وإن كان يمنع من الحكم عليه بالتعويض لعدم وضوح الضرر، فإن كان الاستعمال معتاداً مألوفاً، ووقع الضرر فلا يعد تعسفاً، ولا يترتب على ذلك ضمان، كالطبيب الجراح الذي يجري عملية جراحية معتادة، ويموت المريض، فلا يضمن. ومثله من يوقد فرناً يتأذى الجيران بدخانه، أو يدير آلة يتضرر الجيران بصوتها المعتاد، فلا ضمان؛ لأن كل ذلك معتاد مألوف.

وبناء عليه: من يشعل ناراً في أرضه، فطار منها شرر أحرق شيئاً لجاره، إن كان ذلك في أحوال عادية فلا ضمان عليه. وإن كان ذلك في وقت هبوب الرياح واشتدادها، فعليه الضمان.

وكذلك سقاية الأرض، إن كان سقياً عادياً، فتسرب الماء إلى أرض الجار، فلا ضمان، وإن كان سقياً غير عادي بماء لا تحتمله الأرض عادة، فعليه ضمان الضرر اللاحق بالغير[1].

والمقياس في ذلك هو العرف الذي يحدد كون التصرف معتاداً أو غير معتاد. وعليه تطبق أحكام التعامل مع الخباز والكواء إذا أحرق ما سلِّم له، يضمن إذا تصرف تصرفاً غير معتاد بزيادة وقود النار، وحرارة الكهرباء.

القاعدة الخامسة ـ استعمال الحق مع الإهمال او الخطأ: إذا استعمل الإنسان حقه على وجه ليس فيه احتياط واحتراس وتثبت، فأضر بالغير، وهذا ما يعرف بالخطأ، كان متعسفاً أو مسؤولاً مسؤولية تقصيرية.

سواء أكان خطأ في القصد، كما إذا رأى الصياد شبحاً من بعيد، فظنه صيداً، فأطلق عليه النار، فإذا هو إنسان.

أو كان خطأ في الفعل، كما إذا سدد الصائد الرمية على صيد، فانحرفت وأصابت إنساناً، أو تجاوزت الصيد إلى إنسان فقتلته.

---

(١) الهداية: ٣/ ١٩٧، المهذب: ١/ ٤٠١.

فذلك كله إساءة في استعمال الحق يترتب عليه تعويض الضرر الذي أصاب الغير؛ لأنه كان يجب عليه التثبت والانتباه أو الاحتراس في كل من القصد والفعل، فإذا قصد في ذلك تحمل نتيجة فعله صوناً لدماء الناس وأموالهم.

والدليل أن الله تعالى أوجب تعويض الضرر في القتل الخطأ بالدية، ومنع النبي من الضرر في الحديث المتقدم: «لا ضرر ولا ضرار» ولا سبيل إلى رفع الضرر بعد وقوعه إلا بإيجاب الضمان أو التعويض.

ومجال هذه القاعدة هو الضرر الناشئ عن الخطأ في استعمال الحق، سواء أكان هذا الحق ثابتاً بإذن الشارع، أم بالعقد أم بغيرهما من مصادر الحق؛ لأن استعمال الحقوق مقيد بشرط السلامة كما يقرر الفقهاء[1]، ولأن أموال الناس ودماءهم معصومة لا تهدر بحال، فيجب ضمانها وتعويض الضرر الواقع عليها.

وأساس هذه القاعدة حصول الضرر، سواء أكان قليلاً أم كثيراً.

ولا تطبق هذه القاعدة في حالتين:

الأولى ـ إذا كان استعمال الحق لايمكن فيه الاحتراز أو التثبت عادة، كالطبيب الذي يجري عملية جراحية على النحو المعتاد، فأفضى ذلك إلى تلف عضو أو نفس، لا يكون ضامناً.

الثانية ـ إذا اتخذ الشخص الاحتياطات، ومع ذلك وقع الضرر، فلا يضمنه كما إذا قام إنسان بالتدرب على إطلاق النار في ملكه، ووضع لافتات على أرضه بعدم الدخول، فلا ضمان عليه إذا أصاب أحداً دخل أرضه. كما لاضمان على من سلك طريقاً مخوفاً أو فيه سباع فوجد مقتولاً، لا تجب ديته[2].

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

حوادث السير بدون قصد من قتل وإتلاف مال، وما يترتب على ممارسة حق التأديب للزوج والمعلم والأب والحاكم من إتلافات غير مقصودة. وحالات تجاوز

---

(١) الهداية: ٤/ ١٥٤ ومابعدها.

(٢) الهداية: ٤/ ١٨١.

حدود الدفاع الشرعي من الأخف إلى الأثقل، واستهلاك الأموال على الظن أنها مال الشخص، فكل ذلك يوجب تعويض الضرر.

آثار أو أحكام التعسف:

التعسف في استعمال الحق يندرج تحت (الفعل الضار) أحد مصادر الحق.
أما ما ينشأ عن التعسف من حقوق أو آثار وأحكام فهي ما يأتي:

١ - إزالة الضرر عيناً كهدم البناء الذي بناه المالك ملاصقاً لجاره، فسد عليه النور والهواء، وسد النافذة التي فتحها المالك، وكانت تطل على نساء جاره.

٢ - التعويض عن الضرر إذا كان تلف نفس أو عضو أو مال.

٣ - إبطال التصرف كإبطال زواج التحليل وبيع العينة والوصية الضارة بالورثة.

٤ - المنع من ممارسة الحق كمنع الزوج من السفر بزوجته إذا قصد بالسفر إيذاءها.

٥ - التعزير كالدعاوى المرفوعة على الشرفاء للتشهير بهم.

٦ - الإجبار على الفعل كإجبار التجار على البيع بسعر معين، وإجبار العمال على العمل بأجر المثل.

نقل الحق:

يجوز انتقال الحق بسبب ناقل له، سواء أكان الحق مالياً كحق الملكية في المبيع، فإنه ينتقل من البائع للمشتري بسبب عقد البيع، وحق الدين، فإنه ينتقل من ذمة الدائن إلى تركته بسبب الوفاة، أم كان الحق غير مالي كحق الولاية على الصغير، فإنه ينتقل من الأب إلى الجد بسبب وفاة الأب، وحق الحضانة، فإنه ينتقل من الأم إلى الجدة لأم إذا تزوجت الأم بغير محرم من الصغير.

وأسباب انتقال الحق كثيرة منها: العقد، ومنها الالتزام الذي يتم من جانب واحد، ومنها الوفاة، ومنها حوالة الدين من مدين إلى مدين آخر. وهي نوع من العقد لا خلاف في مشروعيته بين الفقهاء. ومنها حوالة الحق من دائن إلى دائن كأن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن، ويحيل المرتهن على الراهن بالدين،

وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر، وهي جائزة على التحقيق عند فقهاء المذاهب، حتى عند الحنفية فيْ نطاق ما يسمى عندهم بالحوالة المقيدة: وهي أن يحيل شخص غيره بالدين الذي له على المحال عليه.

انقضاء الحق:

ينتهي الحق بسبب من الأسباب المقررة شرعاً لانتهائه، وهو يختلف بحسب نوع الحق، فحق الزواج ينتهى بالطلاق، وحق الابن في النفقة على أبيه ينتهي بقدرته على الكسب، وحق الملكية ينتهي بالبيع، وحق الانتفاع ينتهي بفسخ عقد الإجارة أو انتهاء المدة، أو بانفساخ العقد بالأعذار أو الظروف الطارئة كانهدام المنزل، وحق الدين ينتهي بالأداء أو بالمقاصة أو بالإبراء: وهو إسقاط صاحب الحق حقه ممن هو عليه. وتفاصيل ذلك تعرف في بحث نظرية العقد.

الفصل الثاني

الأموال

المال بطبيعته محل الملكية إلا إذا وجد مانع من الموانع، وهو في الغالب محل المعاملات المدنية كالبيع والإيجار والشركة والوصية ونحوها. وهو أيضاً عنصر ضروري من ضرورات الحياة أو المعيشة التي لا غنى عنها للإنسان.

لذا سأذكر تعريف المال وأقسامه ومايقبل التملك منه ومالا يقبل، ثم أبين تعريف الملك وأقسامه وخصائص كل قسم.

المبحث الأول ــ تعريف المال وإرثه

تعريف المال:

المال في اللغة: كل مايقتنى ويحوزه الإنسان بالفعل سواء أكان عيناً أم منفعة، كذهب أو فضة أو حيوان أو نبات أو منافع الشيء كالركوب واللبس والسكنى. أما مالا يحوزه الإنسان فلا يسمى مالاً في اللغة كالطير في الهواء والسمك في الماء والأشجار في الغابات والمعادن في باطن الأرض.

وأما في اصطلاح الفقهاء ففي تحديد معناه رأيان:

أولاً ــ عند الحنفية: المال: هو كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة، أي أن المالية تتطلب توفر عنصرين:

١ - إمكان الحيازة والإحراز: فلا يعد مالاً: ما لايمكن حيازته كالأمور المعنوية مثل العلم والصحة والشرف والذكاء، وما لا يمكن السيطرة عليه كالهواء الطلق[١] وحرارة الشمس وضوء القمر.

---

(١) أما الهواء المضغوط المعبأ في زجاجات فهو مال محرز.

٢ - إمكان الانتفاع به عادة: فكل ما لا يمكن الانتفاع به أصلاً كلحم الميتة والطعام المسموم أو الفاسد، أو ينتفع به انتفاعاً لا يعتد به عادة عند الناس كحبة قمح أو قطرة ماء أو حفنة تراب، لا يعد مالاً، لأنه لا ينتفع به وحده. والعادة تتطلب معنى الاستمرار بالانتفاع بالشيء في الأحوال العادية، أما الانتفاع بالشيء حال الضرورة كأكل لحم الميتة عند الجوع الشديد (المخمصة) فلا يجعل الشيء مالاً، لأن ذلك ظرف استثنائي.

وتثبت المالية بتمول الناس كلهم أو بعضهم[١]، فالخمر أو الخنزير مال لانتفاع غير المسلمين بهما. وإذا ترك بعض الناس تمول مال كالثياب القديمة فلا تزول عنه صفة المالية إلا إذا ترك كل الناس تموله.

وقد ورد تعريف المال في المادة (٦٢١) من المجلة نقلاً عن ابن عابدين الحنفي[٢] وهو: «المال: هو ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة، منقولاً كان أو غير منقول».

ولكنه تعريف منتقد؛ لأنه ناقص غير شامل، فالخضروات والفواكه تعتبر مالاً، وإن لم تدخر لتسرع الفساد إليها. وهو أيضاً بتحكيم الطبع فيه قلق غير مستقر؛ لأن بعض الأموال كالأدوية المرة والسموم تنفر منها الطباع على الرغم من أنها مال. وكذلك المباحات الطبيعية قبل إحرازها من صيود ووحوش وأشجار في الغابات تعد أموالاً ولو قبل إحرازها أو تملكها.

ثانياً ــ وأما المال عند جمهور الفقهاء غير الحنفية: فهو كل ما له قيمة يلزم متلفه بضمانه[٣]. وهذا المعنى هو المأخوذ به قانوناً، فالمال في القانون وهو كل ذي قيمة مالية.

---

(١) البحر الرائق: ٢/٢٢٧، رد المحتار لابن عابدين: ٤/٣.

(٢) رد المحتار: ٤/٣.

(٣) قال الإمام الشافعي ﷺ: لايقع اسم مال إلا على ماله قيمة يباع بها ويلزم متلفه، وإن قلت، ومالا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه ذلك (راجع الأشباه والنظائر للسيوطي، ص٢٥٨، ط مصطفى محمد).

الأشياء غير المادية ـــ الحقوق والمنافع:

حصر الحنفية معنى المال في الأشياء أو الأعيان المادية أي التي لها مادة وجِرم محسوس. وأما المنافع والحقوق فليست أموالاً عندهم وإنما هي ملك لا مال. وغير الحنفية اعتبروها أموالاً؛ لأن المقصود من الأشياء منافعها لا ذواتها، وهذا هو الرأي الصحيح المعمول به في القانون وفي عرف الناس ومعاملاتهم، ويجري عليها الإحراز والحيازة.

والمقصود بالمنفعة: هو الفائدة الناتجة من الأعيان، كسكنى الدار، وركوب السيارة، ولبس الثوب ونحو ذلك.

وأما الحق: فهو ما يقرره الشرع لشخص من اختصاص يؤهله لممارسة سلطة معينة أو تكليف بشيء. فهو قد يتعلق بالمال كحق الملكية وحق الارتفاق بالعقار المجاور من مرور أو شرب أو تعلي، وقد لا يتعلق بالمال كحق الحضانة، والولاية على نفس القاصر.

والمنافع، والحقوق المتعلقة بالمال، والحقوق المحضة كحق المدعي في تحليف خصمه اليمين ليست أموالاً عند الحنفية، لعدم إمكان حيازتها بذاتها، وإذا وجدت فلا بقاء ولا استمرار لها، لأنها معنوية، وتنتهي شيئاً فشيئاً تدريجياً.

وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية: إنها تعتبر مالاً، لإمكان حيازتها بحيازة أصلها ومصدرها، ولأنها هي المقصودة من الأعيان، ولولاها ما طلبت، ولا رغب الناس بها.

ويترتب على هذا الخلاف بعض النتائج أو الثمرات في الغصب والميراث والإجارة. فمن غصب شيئاً وانتفع به مدة، ثم رده إلى صاحبه، فإنه يضمن قيمة المنفعة عند غير الحنفية، وعند الحنفية: لا ضمان عليه إلا إذا كان المغصوب شيئاً موقوفاً، أو مملوكاً ليتيم، أو معداً للاستغلال كعقار معد للإيجار كفندق أو مطعم؛ لأن هذه الأملاك بحاجة شديدة للحفظ ومنع العدوان عليها. وهذا المعنى في الواقع موجود في كل المنافع، فينبغي الإفتاء بالضمان في كل المغصوبات.

والإجارة تنتهي بموت المستأجر عند الحنفية؛ لأن المنفعة ليست مالاً حتى تورث، وغير الحنفية يقولون: لا تنتهي الإجارة بموت المستأجر وتظل باقية حتى تنتهي مدتها.

والحقوق لا تورث عند الحنفية كالحق في خيار الشرط أو خيار الرؤية. وتورث عند غير الحنفية.

المبحث الثاني - أقسام المال:

قسم الفقهاء المال عدة تقسيمات يترتب عليها أحكام مختلفة بحسب كل قسم، وأكتفي ببيان أربعة تقسيمات، أوضحها القانون المدني:

١ - باعتبار إباحة الانتفاع وحرمته إلى: متقوم وغير متقوم.

٢ - باعتبار استقراره في محله وعدم استقراره إلى: عقارٍ ومنقول.

٣ - باعتبار تماثل أحاده أو أجزائه وعدم تماثلها إلى: مثلي وقيمي.

٤ - باعتبار بقاء عينه بالاستعمال وعدم بقائه إلى: استهلاكي واستعمالي.

المطلب الأول ـــ المال المتقوم وغير المتقوم:

المال المتقوم: كل ما كان محرزاً بالفعل، وأباح الشرع الانتفاع به كأنواع العقارات والمنقولات والمطعومات ونحوها.

وغير المتقوم: ما لم يحرز بالفعل، أو ما لا يباح الانتفاع به شرعاً إلا في حالة الاضطرار[1]، مثال الأول: السمك في الماء والطير في الهواء والمعادن في باطن الأرض ونحوها من المباحات كالصيد والحشيش فهي غير متقومة عرفاً. ومثال الثاني: الخمر والخنزير بالنسبة للمسلم غير متقومين شرعاً، فلا يباح للمسلم الانتفاع بهما إلا عند الضرورة وبقدر الضرورة كدفع خطر جوع شديد أو عطش شديد يخشى معه الهلاك، ولا يجد الإنسان شيئاً آخر سواهما، فيباح له الانتفاع بأحدهما بقدر ما يدفع الهلاك عن نفسه.

---

(١) راجع المادة (١٢٧) من المجلة، الدر المختار: ٤/ ١١١ ومابعدها.

أما بالنسبة لغير المسلم فهما من الأموال المتقومة عند فقهاء الحنفية؛ لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون. فلو أتلفهما مسلم أو غير مسلم وجب عليه ضمانهما. وقال غير الحنفية: لا يعتبران مالاً متقوماً؛ لأن غير المسلمين المقيمين في بلادنا ملزمون بأحكام المعاملات الإسلامية، فلهم ما للمسلمين، وعليهم ما عليهم.

وتظهر فائدة هذا التقسيم في موضعين:

الأول ــ صحة التعاقد عليه وعدمها: فالمتقوم يصح أن يكون محلاً لجميع العقود التي ترد على المال كالبيع والإيجار والهبة والإعارة والرهن والوصية والشركة ونحوها. وغير المتقوم: لا يصح التعاقد عليه بشيء من تلك العقود، فيعد بيع المسلم خمراً أو خنزيراً بيعاً باطلاً، ولو اشترى المسلم بخمر أو خنزير كان الشراء فاسداً، وسبب التفرقة بين الحالتين أن المبيع هو المقصود الأصلي من البيع، فتقومه شرط انعقاد. وأما الثمن فهو وسيلة لا يقصد لذاته، فتقومه شرط صحة.

الثاني ــ الضمان عند الإتلاف: إذا أتلف إنسان مالاً متقوماً لغيره وجب عليه ضمان مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً. أما غير المتقو م فلا يضمن بالإتلاف إذا كان لمسلم. فلو أراق أحد خمراً لمسلم أو قتل خنزيراً له، لا يضمنه. أما لو أتلفه أحد لذمي (أي غير مسلم مقيم في دار الإسلام) ضمن له قيمته عند الحنفية، لأنه مال متقوم عندهم، كما تقدم.

التقوم وعدمه عند القانونيين:

يختلف معنى التقوم وعدمه بين الشرعيين والقانونيين، فهو عند الشرعيين كما عرفنا: ما يباح الانتفاع بها، شرعاً، أو ما لا يباح ذلك.

وأما عند القانونيين: فالتقوم: ما كان ذا قيمة بين الناس. وعدم التقوم: هو خروج الأشياء عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون. فالأولى هي التي يشترك كل الناس في الانتفاع بها، ولا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، كالهواء والبحار وأشعة الشمس. والثانية: هي الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون

كالمخدرات الممنوعة والمواد الحربية المتفجرة، وكل الأشياء المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو المخصصة للنفع العام بالفعل.

وقد أخذت فكرة التقوم وعدمه من مفهوم المادة (٣٨) من القانون المدني التي تنص على ما يأتي:

١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية.

٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية.

يتبين من ذلك أن فكرة التقوم وعدمه تنبني في القانون على جواز التعامل في الشيء وعدم جوازه قانوناً. فالخمر مثلاً يجوز التعامل بها في القانون ولا يجوز التعامل بها في الشرع.

المطلب الثاني ـــ العقار والمنقول:

للفقهاء اصطلاحان في بيان المقصود من العقار والمنقول، أحدهما للحنفية، والآخر للمالكية.

راي الحنفية ــ المنقول: هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، سواء أبقي على صورته وهيئته الأولى، أم تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل ويشمل النقود والعروض التجارية وأنواع الحيوان والمكيلات والموزونات[١].

والعقار: هو الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله أصلاً من مكان إلى آخر كالدور والأراضي[٢].

ويلاحظ أن البناء والشجر والزرع في الأرض لا تعد عقاراً عند الحنفية إلا تبعاً للأرض، فلو بيعت الأرض المبنية أو المشجرة أو المزروعة طبقت أحكام العقار

---

(١) م١٢٨ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) م١٢٩ من المجلة.

على ما يتبع الأرض من البناء ونحوه. أما لو بيع البناء وحده أو الشجر وحده من غير الأرض فلا يطبق عليهما حكم العقار. فالعقار عند الحنفية لا يشمل إلا الأرض خاصة. والمنقول يشمل ما عداها[١].

رأي المالكية ـ ضيق المالكية من دائرة المنقول ووسعوا في معنى العقار فقالوا: المنقول: هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقائه على هيئته وصورته الأولى كالملابس والكتب والسيارات ونحوها. والعقار عندهم: هو ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً كالأرض، أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل والتحويل كالبناء والشجر. فالبناء بعد هدمه يصير أنقاضاً، والشجر يصبح أخشاباً[٢].

وهذا الرأي هو المتفق مع القانون المدني السوري، كما نصت المادة ١/٤٨: «كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله منه، دون تلف، فهو عقار، وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول».

لكن توسع القانون في معنى العقار في الفقرة الثانية من هذه المادة، فأدخل فيه المنقولات التي يضعها صاحبها في عقار يملكه لخدمة هذا العقار أو استثماره، حتى السماد والسمك، وسماها (عقاراً بالتخصيص) وهذا سائغ في مذهب المالكية. وأدخل فيه أيضاً في المادة (٨٥) الحقوق العينية المترتبة على العقار كحقوق الارتفاق والتأمينات، حتى الدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار. واعتبار هذه الدعوى عقاراً فيه إغراق في تصور معنى العقار.

هذا وقد يتحول المنقول إلى عقار وبالعكس، مثال الأول: الأبواب والأقفال وتمديدات الماء والكهرباء تصبح عقاراً باتصالها بالعقار على نحو ثابت. ومثال الثاني: أنقاض البناء وكل ما يستخرج من الأرض من معادن وأحجار وتراب، تصبح منقولاً بمجرد فصلها عن الأرض.

---

(١) رد المحتار: ٤٠٨/٣.
(٢) بداية المجتهد: ٢/ ٢٥٤.

وتظهر فائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول في طائفة من الأحكام الفقهية التالية:

١ - الشفعة[١]: تثبت في المبيع العقار[٢]، ولا تثبت في المنقول، إذا بيع مستقلاً عن العقار، فإن بيع المنقول تبعاً للعقار ثبت فيهما الشفعة.

وكذلك بيع الوفاء[٣]: يختص بالعقار دون المنقول.

٢ - الوقف: لا يصح عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء إلا في العقار. أما المنقول فلا يصح وقفه إلا تبعاً للعقار كوقف أرض وما عليها من آلات وحيوان، أو ورد بصحة وقفه أثر عن السلف كوقف الخيل والسلاح، أو جرى العرف بوقفه كوقف المصاحف والكتب وأدوات الجنازة. ويصح عند غير الحنفية وقف العقار والمنقول على السواء[٤].

٣ - بيع الوصي مال القاصر: ليس للوصي بيع عقار القاصر إلا بمسوغ شرعي كإيفاء دين أو دفع حاجة ضرورية أو تحقيق مصلحة راجحة. وقد أنيط ذلك بإذن القاضي في قانون الأحوال الشخصية؛ لأن بقاء عين العقار فيه حفاظ على مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه.

أما المنقول: فله أن يبيعه متى رأى مصلحة في ذلك.

وفي بيع مال المدين المحجوز عليه لوفاء دينه يبدأ أولاً ببيع المنقول، فإن لم يف ثمنه انتقل إلى العقار تحقيقاً لمصلحة المدين.

٤ - يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لبقية الفقهاء بيع العقار قبل قبضه من المشتري، أما المنقول فلا يجوز بيعه قبل القبض أو التسليم؛ لأن المنقول عرضة للهلاك كثيراً بعكس العقار.

---

(١) الشفعة: حق تملك العقار المبيع جبراً عن المشتري، بما قام عليه من ثمن وتكاليف مثل رسم التسجيل وأجرة السمسار ونحوهما. وتثبت عند الحنفية للشريك والجار، وعند غير الحنفية: تثبت للشريك فقط.

(٢) مختصر الطحاوي: ص١٢٠.

(٣) بيع الوفاء: هو أن يبيع المحتاج إلى النقود عقاراً بشرط أنه متى وفى الثمن استرد العقار (م ١١٨ مجله).

(٤) الدر المختار ورد المحتار: ٣/٤٠٨-٤١١، فتح القدير: ٥/٤٨ ومابعدها.

٥ - حقوق الجوار والارتفاق تتعلق بالعقار، دون المنقول.

٦ - لا يتصور غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف، إذ لا يمكن نقله وتحويله، ويرى محمد وسائر الفقهاء إمكان غصب العقار، والرأي الأول أخذت به المجلة (م ٥٠٩ وما بعدها).

أما المنقول فيتصور غصبه باتفاق الفقهاء(١).

المطلب الثالث ـــ المال المثلي والقيمي:

المال المثلي: ما له مثل أو نظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائه أو وحداته تفاوتاً يعتد به في التعامل(٢). والأموال المثلية أربعة أنواع هي: المكيلات (كالقمح والشعير) والموزونات (كالقطن والحديد) والعدديات المتقاربة في الحجم كالجوز والبيض، وبعض أنواع الذرعيات (التي تباع بالذراع أو المتر ونحوهما): وهي التي تتساوى أجزاؤها دون فرق يعتد به كأثواب الجوخ والقطن والحرير، وألواح البلور، والأخشاب الجديدة. أما إن تفاوتت أجزاء المذروع كالنسيج غير المتماثل الأجزاء وكالأراضي، فيصبح مالاً قيمياً لا مثلياً. وكما يعد المعدود المتقارب من المحصولات الطبيعية من المال المثلي، كذلك يعد المعدود المتماثل من المصنوعات من مادة واحدة وشكل واحد مالاً مثلياً كأواني الأكل والشرب، والسيارات المتحدة النوع، وأدوات غيارها، والكتب الجديدة المطبوعة.

والمال القيمي: هو ما ليس له نظير أو مثل في السوق، أو له مثل ولكن مع التفاوت المعتد به بين وحداته في القيمة(٣)، مثل أفراد الحيوان والأراضي والأشجار والدور وأنواع السجاد والبسط والأحجار الكريمة كالماس والياقوت والكتب المخطوطة أو المستعملة.

---

(١) وهناك أحكام قانونية تختلف بين العقار والمنقول: منها أن انتقال ملكية العقار لايتم إلا بالتسجيل، أما المنقول فلا حاجة في نقل ملكيته إلى التسجيل. ومنها أن الحيازة بسبب صحيح وبحسن نية في المنقول سند الملكية. أما العقار فإن حيازته ولو بسبب صحيح لاتثبت بها الملكية إلا بمضي خمس سنين (م٩٢٧، ٩١٨).

(٢) م١٤٥ من المجلة.

(٣) م١٤٦ من المجلة.

ويدخل في المال القيمي: العدديات المتفاوتة القيمة في آحادها كالبطيخ والرمان عند اختلاف أحجامها وأنواعها.

وقد ينقلب المال المثلي قيمياً وبالعكس، وحالات انقلاب المثلي قيمياً أربعة هي:

١ - الانقطاع من السوق: إذا انقطع وجود المال المثلي من الأسواق انقلب قيمياً.

٢ - الاختلاط: إذا اختلط مالان مثليان من جنسين مختلفين كحنطة وشعير، صار الخليط قيمياً.

٣ - التعرض للخطر: إذا تعرض المال المثلي للخطر كالحريق أو الغرق، صار له قيمة خاصة.

٤ - التعيب أو الاستعمال: إذا تعيب المال المثلي أو استعمل، صار له قيمة خاصة.

وانقلاب المال القيمي إلى مثلي يكون في حال الكثرة بعد الندرة، فإذا كان المال نادر الوجود في السوق، ثم أصبح كثير الوجود، صار مثلياً بعد أن كان له قيمة خاصة.

ويلاحظ أن المال المتقوم أعم من القيمي، فالمتقوم يشمل القيمي والمثلي.

وتظهر فائدة التقسيم إلى مثلي وقيمي فيما يأتي:

١ - الثبوت في الذمة[1]: يثبت المال المثلي ديناً في الذمة أي بأن يكون ثمناً في البيع، عن طريق تعيين جنسه وصفته. ويصح بالتالي وقوع المقاصة بين الأموال المثلية.

أما القيمي: فلا يقبل الثبوت ديناً في الذمة، فلا يصح أن يكون ثمناً، ولا تجري المقاصة بين الأموال القيمية. وإذا تعلق الحق بمال قيمي كرأس غنم أو بقر، يجب أن يكون معيناً بذاته، متميزاً عن سواه، بالإشارة إليه منفرداً، لا مشاراً إليه

(١) سأوضح قريباً معنى الذمة وخصائصها وبدئها وانتهائها بمشيئة الله تعالى.

بالوصف؛ لأن أفراد المال القيمي ولو من نوع واحد غير متماثلة، ولكل واحد منها صفة وقيمة معينة.

٢ - كيفية الضمان عند التعدي أو الإتلاف: إذا أتلف شخص مالاً مثلياً، مثل كمية من القمح أو السكر، وجب عليه ضمان مثله، حتى يكون التعويض على أكمل وجه، والمثل أقرب إلى الشيء المتلف صورة ومعنى، أي مالية. أما القيمي فيضمن المتعدي قيمته؛ لأنه يتعذر إيجاب مثله صورة، فيكتفى بإيجاب مثله معنى، أي من ناحية المالية، وهي القيمة.

٣ - القسمة الجبرية وأخذ النصيب: تدخل القسمة جبراً في المال المثلي المشترك، ولكل شريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر دون إذنه. أما القيمي: فلا تدخل فيه القسمة الجبرية، ولا يجوز للشريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر بدون إذنه؛ لأن القسمة فيها معنى الإفراز والمبادلة، فإذا كان المال مثلياً كانت جهة الإفراز هي الراجحة لتماثل أجزائه. وإذا كان قيمياً كانت جهة المبادلة هي الراجحة لعدم تماثل أجزائه، فكأنه أخذ بدل حقه لا عينه.

٤ - الربا: الأموال القيمية لا يجري فيها الربا المحرم، فيجوز بيع غنمة بغنمتين، أي يجوز بيع القليل بالكثير من جنسه. أما الأموال المثلية فيجري فيها الربا الحرام الذي يوجب تساوي العوضين المتجانسين في الكمية والمقدار، وتكون الزيادة حراماً. فلا يجوز بيع قنطار من القمح بقنطار وربع مثلاً، لاشتمال البيع على ما يسمى بربا الفضل، وهذا الربا يختص شرعاً بالمقدرات المثلية من مكيل أو موزون فقط.

الذمة المالية وخصائصها:

لا يتصور ثبوت دين على إنسان إلا بتصور محل اعتباري مفترض مقدر وجوده في كل إنسان. وهذا المحل المقدر المفترض هو الذمة، فالذمة تختلف عن الأهلية، إذ أن الأهلية: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وتحمل الواجبات. وتحمل الواجبات أو الالتزامات يستلزم وجود محل في الشخص تستقر فيه تلك الواجبات أو الديون. وتبدأ الأهلية ناقصة منذ بدء تكون الجنين، وتكمل أهلية الوجوب بالولادة.

وبالولادة تبدأ الذمة مع بدء تصور وجود العنصر الثاني من تلك الأهلية: وهو عنصر المديونية أو الالتزام، فالأهلية هي الصلاحية، والذمة محل الصلاحية.

فالذمة: هي محل اعتباري في الشخص تقع فيه الديون أوالالتزامات[١].

أولاً ـ خصائص الذمة:

للذمة الخصائص التالية:

١ - الذمة من صفات الشخصية الطبيعية وهو الإنسان أو الاعتبارية كالشركات والمؤسسات والأوقاف والمساجد. فلا ذمة للجنين قبل ولادته، فلا تصح الهبة له، لكن تصح الوصية له بشرط ولادته حياً، ولا ذمة للحيوان، فلو أوصى شخص لدابة وقصد تمليكها فالوصية باطلة، لكن لو كان بقصد الإنفاق عليها صحت الوصية، ويكون المقصود بها مالكها. ولا يتعين صرف الموصى به للنفقة على الدابة عند الحنفية[٢]، ويتعين ذلك لعلف الدابة عند الشافعية[٣].

٢ - لا بد لكل شخص بعد ولادته من ذمة، حتى ولو كانت فارغة بريئة؛ لأن الذمة من توابع الشخصية، وتلازم العنصر الثاني من أهلية الوجوب، وهذه الأهلية مناطها الصفة الإنسانية، فتلازم الإنسان منذ وجوده.

٣ - لا تتعدد الذمة، فلكل شخص ذمة واحدة، ولا اشتراك بين أشخاص في الذمة.

٤ - الذمة لا حدّ لسعتها، فهي تتسع لكل الديون مهما عظمت؛ لأن الذمة ظرف اعتباري، يتسع لكل الالتزامات.

٥ - الذمة متعلقة بالشخص، لا بأمواله وثروته، ليتمكن من ممارسة نشاطه الاقتصادي بحرية مطلقة تمكنه من تسديد ديونه، فله التجارة والبيع ولو كان مديناً بأكثر مما يملك. وله وفاء أي دين متقدم أو متأخر في الثبوت. ولا يحق للدائنين الاعتراض عليه.

---

(١) المدخل إلى الالتزام في الفقه للأستاذ مصطفى الزرقاء: ف١٢٣.

(٢) الدر المختار: ٥/ ٤٥٩، ٤٦٢.

(٣) مغني المحتاج: ٣/ ٤٢.

٦ - الذمة ضمان عام لكل الديون بلا تمييز لدين على آخر إلا إذا وجد لصاحب دين حق عيني كالرهن، أو كانت بعض الحقوق الشخصية ذات امتياز كنفقات التجهيز والتكفين، ودين النفقة للزوجة والأولاد الصغار، وديون الضرائب الحكومية.

ثانياً - انتهاء الذمة:

تبدأ الذمة بالولادة وتنتهي بالوفاة، وللفقهاء آراء ثلاثة في انتهاء الذمة.

الرأي الأول للحنابلة في رواية عندهم[١] انهدام الذمة بمجرد الموت: لأن الذمة من خصائص الشخصية، والموت يعصف بالشخص وبذمته. وأما الديون فتتعلق عند أكثر الحنابلة بالتركة، فمن مات ولا تركة له سقطت ديونه.

الرأي الثاني للمالكية والشافعية وبعض الحنابلة[٢] بقاء الذمة بعد الموت حتى إيفاء الديون وتصفية التركة: تبقى الذمة بعد الموت حتى تصفى الحقوق المتعلقة بالتركة. فيصح للميت اكتساب حقوق جديدة بعد موته كان سبباً لها، كمن نصب شبكة للاصطياد، فوقع فيها حيوان، فإنه يملكه، وتظل ذمة الميت باقية بعد موته حتى تسدد ديونه، لقوله عليه السلام: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»[٣]. ويمكن أن تشغل ذمة الميت بعد موته بديون جديدة، كشغلها بثمن المبيع الذي رده المشتري على البائع بعد موته بسبب عيب ظهر فيه. وكالتزامه بضمان قيمة ما وقع في حفرة حفرها الشخص قبل موته، في الطريق العام. وتصح الكفالة بعد الموت بما على الميت المفلس من ديون؛ لأن النبي ﷺ صحح هذه الكفالة. وتصح عند المالكية لا الشافعية والحنابلة الوصية لميت. ويقتصر أثر الموت في هذا الرأي على عدم مطالبة الميت بالحقوق وإنما يطالب ورثته بأداء الحقوق لأصحابها.

الرأي الثالث للحنفية ـ ضعف الذمة:

إن الموت لا يهدم الذمة، لكن يضعفها، فتبقى بقدر الضرورة لتصفية الحقوق المتعلقة بالتركة التي لها سبب في حال الحياة. فيكتسب الميت بعد موته ملكية

---

(١) القواعد لابن رجب: ص١٩٣ ومابعدها.
(٢) مغني المحتاج: ٣/ ٤٠، المغني: ٦/ ٢١.
(٣) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه والحاكم عن أبي هريرة، وهو صحيح.

جديدة كما في صورة نصب الشبكة للصيد، ويلتزم بالديون التي تسبب بها الشخص قبل موته، كرد المبيع المعيب عليه والتزامه بالثمن، وضمان ما وقع في حفرة حفرها في الطريق العام. لكن لا تصح كفالة دين على ميت مفلس عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين[1]. ولا تصح الوصية للميت أو الهبة له. وبهذين الحكمين الأخيرين يفترق الرأي الثالث عن الرأي الثاني.

المطلب الرابع ـ المال الاستهلاكي والاستعمالي:

المال الاستهلاكي: هو الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه، كأنواع الطعام والشراب والحطب والنفط والورق والنقود. فلا يمكن الانتفاع بهذه الأموال ما عدا النقود إلا باستئصال عينها. وأما النقود فاستهلاكها يكون بخروجها من يد مالكها، وإن كانت أعيانها باقية بالفعل.

والمال الاستعمالي: هو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالعقارات والمفروشات والثياب والكتب ونحوها.

وينظر إلى الانتفاع المميز بين النوعين لأول مرة، لا إلى حالات الاستعمال المتكررة. فإن زالت عين الشيء من أول انتفاع كان مالاً استهلاكياً، وإن بقيت عينه حينئذ كان مالاً استعمالياً.

وتظهر فائدة التقسيم فيما يأتي:

يقبل كل نوع من هذين المالين نوعاً معيناً من العقود. فالمال الاستهلاكي يقبل العقود التي غرضها الاستهلاك لا الاستعمال كالقرض وإعارة الطعام.

والمال الاستعمالي يقبل العقود التي هدفها الاستعمال دون الاستهلاك كالإجارة والإعارة.

فإن لم يكن الغرض من العقد هو الاستعمال وحده أو الاستهلاك وحده، صح أن يرد على كلا النوعين: الاستعمالي والاستهلاكي كالبيع والإيداع، يصح ورودهما على كل من النوعين على السواء.

---

(١) البدائع: ٦/٦، فتح القدير: ٥/٤١٩.

الفصل الثالث

الملكية وخصائصها

ويشتمل على مطالب خمسة:

المطلب الأول ــــ تعريف الملكية والملك:

الملكية أو الملك: علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشرع[1] تجعله مختصاً به، ويتصرف فيه بكل التصرفات ما لم يوجد مانع من التصرف.

والملك كما يطلق على هذه العلاقة، يطلق أيضاً على الشيء المملوك، تقول: هذا الشيء ملكي أي مملوك لي.وهذا المعنى هو المقصود في تعريف المجلة (م ٥٢١) للملك: بأنه ما ملكه الإنسان، سواء أكان أعياناً أو منافع. وعلى هذا المعنى يفهم قول الحنفية: إن المنافع والحقوق ملك وليست بمال.

وعلى هذا، فالملك أعم من المال عندهم.

والملك في اللغة: هو حيازة الإنسان للمال والاستبداد به أي الانفراد بالتصرف فيه.

وقد عرف الفقهاء الملك بتعاريف متقاربة مضمونها واحد[2]، ولعل أفضلها هو ما يأتي:

---

(١) حق الملكية وغيره لا يثبت إلا بإقرار الشرع واعترافه به، لأن الشرع هو مصدر الحقوق، وليس الحق في الشريعة حقاً طبيعياً، وإنما هو منحة إلهية منحها الخالق للأفراد وفقاً لمصلحة الجماعة.

(٢) راجع فتح القدير: ٥/ ٧٤، الفروق للقرافي: ٣/ ٢٠٨ ومابعدها.

الملك: اختصاص بالشيء يمنع الغير منه، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي.

فإذا حاز الشخص مالاً بطريق مشروع أصبح مختصاً به، واختصاصه به يمكنه من الانتفاع به والتصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كالجنون أو العته أو السفه أو الصغر ونحوها. كما أن اختصاصه به يمنع الغير من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا إذا وجد مسوغ شرعي يبيح له ذلك كولاية أو وصاية أو وكالة.

وتصرف الولي أو الوصي أو الوكيل لم يثبت له ابتداء، وإنما بطريق النيابة الشرعية عن غيره، فيكون القاصر أو المجنون ونحوهما هو المالك، إلا أنه ممنوع من التصرف بسبب نقص أهليته أو فقدانها، ويعود له الحق بالتصرف عند زوال المانع أو العارض.

المطلب الثاني ـــ قابلية المال للتملك وعدمها:

المال في الأصل قابل بطبيعته للتملك، لكن قد يعرض له عارض يجعله غير قابل في كل الأحوال أو في بعضها للتملك، فيتنوع المال بالنسبة لقابليته للتملك إلى ثلاثة أنواع:

١- **ما لا يقبل التمليك ولا التملك بحال**: وهو ما خصص للنفع العام كالطرق العامة والجسور والحصون والسكك الحديدية والأنهار والمتاحف والمكتبات العامة والحدائق العامة ونحوها. فهذه الأشياء غير قابلة للتملك لتخصيصها للمنافع العامة. فإذا زالت عنها تلك الصفة عادت لحالتها الأصلية، وهي قابلية التملك، فالطريق إذا استغني عنه أو ألغي جاز تملكه.

٢- **ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي**: كالأموال الموقوفة وأملاك بيت المال أي الأموال الحرة في عرف القانونيين. فالمال الموقوف لا يباع ولا يوهب إلا إذا تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من إيراده، فيجوز للمحكمة الإذن باستبداله[١].

(١) أجاز الحنفية الاستبدال بالموقوف أرضاً أخرى للحاجة والمصلحة، فقالوا: يجوز للقاضي النزيه العدل الإذن باستبدال الوقف، بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية، وأن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به، وأن لا يكون البيع بغبن فاحش، وأن يستبدل بعقار لا بدراهم ودنانير (الدر المختار ورد المحتار: ٣/ ٤٢٥).

وأملاك بيت المال (أو وزارة المالية، أو الحكومة) لا يصح بيعها إلا برأي الحكومة لضرورة أو مصلحة راجحة، كالحاجة إلى ثمنها، أو الرغبة فيها بضعف الثمن ونحو ذلك؛ لأن أموال الدولة كأموال اليتيم عند الوصي لا يتصرف فيها إلا للحاجة أو المصلحة.

٣- **ما يجوز تملكه وتمليكه مطلقاً بدون قيد**: وهو ما عدا النوعين السابقين.

المطلب الثالث ــ أنواع الملك:

الملك إما تام أو ناقص.

فالملك التام: هو ملك ذات الشيء (رقبته) ومنفعته معاً، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق المشروعة.

ومن أهم خصائصه: أنه ملك مطلق دائم لا يتقيد بزمان محدود ما دام الشيء محل الملك قائماً. ولا يقبل الإسقاط، فلو غصب شخص عيناً مملوكة لآخر، فقال المالك المغصوب منه: أسقطت ملكي، فلا تسقط ملكيته ويبقى الشيء ملكاً له، وإنما يقبل النقل، إذ لا يجوز أن يكون الشيء بلا مالك. وطريق النقل إما العقد الناقل للملكية كالبيع، أو الميراث أو الوصية.

ويمنح صاحبه الصلاحيات التامة وحرية الاستعمال والاستثمار والتصرف فيما يملك كما يشاء، فله البيع أو الهبة أو الوقف أو الوصية، كما له الإعارة والإجارة، لأنه يملك ذات العين والمنفعة معاً، فله التصرف بهما معاً، أو بالمنفعة فقط.

وإذا أتلف المالك ما يملكه لا ضمان عليه؛ إذ لا يتصور مالك وضامن في شخص واحد، لكن يؤاخذ ديانة؛ لأن إتلاف المال حرام، وقد يؤاخذ قضاء فيحجر عليه إذا ثبت سفهه.

والملك الناقص: هو ملك العين وحدها، أو المنفعة وحدها. ويسمى ملك المنفعة حق الانتفاع. وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أي يتبع شخصه لا العين المملوكة، وقد يكون حقاً عينياً أي تابعاً للعين دائماً، بقطع النظر عن الشخص المنتفع، وهذا يسمى حق الارتفاق، ولا يكون إلا في العقار.

المطلب الرابع ــ أنواع الملك الناقص:

وعلى هذا يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع:

١ - ملك العين فقط:

وهو أن تكون العين (الرقبة) مملوكة لشخص، ومنافعها مملوكة لشخص آخر، كأن يوصي شخص لآخر بسكنى داره أو بزراعة أرضه مدة حياته، أو مدة ثلاث سنوات مثلاً، فإذا مات الموصي وقبل الموصى له، كانت عين الدار ملكاً لورثة الموصي بالإرث، وللموصى له ملك المنفعة مدة حياته أو المدة المحددة. فإذا انتهت المدة صارت المنفعة ملكاً لورثة الموصي، فتعود ملكيتهم تامة.

وفي هذه الحالة: ليس لمالك العين الانتفاع بها، ولا التصرف بمنفعتها أو بالعين، ويجب عليه تسليم العين للمنتفع ليستوفي حقه من منافعها، فإذا امتنع أجبر على ذلك.

وبه يظهر أن ملكية العين فقط تكون دائمة، وتنتهي دائماً إلى ملكية تامة، وملكية المنافع قد تكون مؤقتة؛ لأن المنافع لا تورث عند الحنفية أو دائمة كالوقف.

٢ - ملك المنفعة الشخصي أو حق الانتفاع[١]:

---

(١) يرى الحنفية: أنه لا فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع، وهما شيء واحد. فللمنتفع أن ينتفع بنفسه، أو أن يملك غيره المنفعة، إلا إذا وجد مانع صريح من قبل مالك العين، أو وجد مانع يقتضيه العرف والعادة، فمن وقف داره لسكنى الطلاب الغرباء كان للطالب حق السكنى فقط، وحق الانتفاع بالمرافق العامة كالمدارس والجامعات والمشافي مقيد بالمنتفع فقط، وليس له تمليك غيره. وهذا الرأي هو المعمول به قانوناً. وقال المالكية: هناك فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع. فملك المنفعة اختصاص يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه،وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض. وأما حق الانتفاع: فهو مجرد رخصة بالانتفاع الشخصي بناء على إذن عام كحق الانتفاع بالمنافع العامة كالطرق والأنهار والمدارس والمصحات وغيرها،أو إذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص أذن له به، كركوب سيارته، والمبيت في منزله، وقراءة كتبه ونحو ذلك. فليس للمنتفع أن يملك المنفعة لغيره، فتمليك الانتفاع: هو أن يباشر المنتفع بنفسه، وتمليك المنفعة أعم وأشمل، فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالإعارة (راجع الفروق للقرافي: ١/ ١٨٧، الفرق ٣٠).

هناك أسباب خمسة لملك المنفعة: وهي الإعارة والإجارة، والوقف والوصية، والإباحة.

أما الإعارة: فهي عند جمهور الحنفية والمالكية: تمليك المنفعة بغير عوض. فللمستعير أن ينتفع بنفسه، وله إعارة الشيء لغيره، لكن ليس له إجارته؛ لأن الإعارة عقد غير لازم (يجوز الرجوع عنه في أي وقت)، والإجارة عقد لازم، والضعيف لا يتحمل الأقوى منه، وفي إجارة المستعار إضرار بالمالك الأصلي.

وعند الشافعية والحنابلة: هي إباحة المنفعة بلا عوض، فليس للمستعير إعارة المستعار إلى غيره.

وأما الإجارة: فهي تمليك المنفعة بعوض. وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه، أو بغيره مجاناً أو بعوض إذا لم تختلف المنفعة باختلاف المنتفعين، حتى لو شرط المؤجر على المستأجر الانتفاع بنفسه. فإن اختلف نوع المنفعة كان لا بد من إذن المالك المؤجر.

وأما الوقف: فهو حبس العين عن تمليكها لأحد من الناس وصرف منفعتها إلى الموقوف عليه. فالوقف يفيد تمليك المنفعة للموقوف عليه، وله استيفاء المنفعة بنفسه، أو بغيره إن أجاز له الواقف الاستثمار، فإن نص على عدم الاستغلال أو منعه العرف من ذلك، فليس له الاستغلال.

وأما الوصية بالمنفعة: فهي تفيد ملك المنفعة فقط في الموصى به، وله استيفاء المنفعة بنفسه، أو بغيره بعوض أو بغير عوض إن أجاز له الموصي الاستغلال.

وأما الإباحة: فهي الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله، كالإذن بتناول الطعام أو الثمار، والإذن العام بالانتفاع بالمنافع العامة كالمرور في الطرقات والجلوس في الحدائق ودخول المدارس والمشافي. والإذن الخاص باستعمال ملك شخص معين كركوب سيارته، أو السكن في داره.

وسواء أكانت الإباحة مفيدة ملك الانتفاع بالشيء بالفعل أو بإحرازه كما يرى الحنفية، أو مجرد الانتفاع الشخصي كما يرى المالكية، فإن الفقهاء متفقون على أنه ليس للمنتفع إنابة غيره في الانتفاع بالمباح له، لا بالإعارة ولا بالإباحة لغيره.

والفرق بين الإباحة والملك:

هو أن الملك يكسب صاحبه حق التصرف في الشيء المملوك ما لم يوجد مانع. أما الإباحة: فهي حق الإنسان بأن ينتفع بنفسه بشيء بموجب إذن. والإذن قد يكون من المالك كركوب سيارته، أو من الشرع كالانتفاع بالمرافق العامة، من طرقات وأنهار ومراعي ونحو ذلك.

فالمباح له الشيء لا يملكه ولا يملك منفعته، بعكس المملوك.

خصائص حق المنفعة أو الانتفاع الشخصي:

يتميز الملك الناقص أو حق المنفعة الشخصي بخصائص أهمها ما يأتي:

١ - يقبل الملك الناقص التقييد بالزمان والمكان والصفة عند إنشائه، بعكس الملك التام، فيجوز لمن يعير سيارته لغيره أو يوصي بمنفعة داره أن يقيد المنتفع بمدة معينة كشهر مثلاً، وبمكان معين كالركوب في المدينة لا في الصحراء، وأن يركبها بنفسه لا بغيره.

٢ - عدم قبول التوارث عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء: فلا تورث المنفعة عند الحنفية؛ لأن الإرث يكون للمال الموجود عند الموت، والمنافع لا تعد مالاً عندهم كما تبين.

أما عند غير الحنفية فتورث المنافع في المدة الباقية؛ لأن المنافع عندهم أموال كما ذكرت، فتورث كغيرها من الأموال، فمن أوصى لغيره بسكنى داره مدة معلومة، ثم مات قبل انتهاء هذه المدة، فلورثته الحق بسكنى الدار إلى نهاية المدة.

٣ - لصاحب حق المنفعة تسلم العين المنتفع بها ولو جبراً عن مالكها. ومتى تسلمها تكون أمانة في يده، فيحافظ عليها كما يحافظ على ملكه الخاص، وإذا هلكت أو تعيبت لا يضمنها إلا بالتعدي أو بالتقصير في حفظها. وما عدا ذلك لا ضمان عليه.

٤ - على المنتفع ما تحتاجه العين من نفقات إذا كان انتفاعه بها مجاناً، كما في الإعارة، فإن كان الانتفاع بعوض كما في الإجارة فعلى مالك العين نفقاتها.

٥ - على المنتفع بعد استيفاء منفعته تسليم العين إلى مالكها متى طلبها إلا إذا تضرر المنتفع. كما إذا لم يحن وقت حصاد الزرع في أرض مستأجرة أو مستعارة، فله إبقاء الأرض بيده حتى موسم الحصاد، ولكن بشرط دفع أجر المثل.

انتهاء حق المنفعة:

حق المنفعة حق مؤقت كما عرفنا، فينتهي بأحد الأمور التالية:

١ - انتهاء مدة الانتفاع المحددة.

٢ - هلاك العين المنتفع بها أو تعيبها بعيب لا يمكن معه استيفاء المنفعة، كانهدام دار السكنى أو صيرورة أرض الزراعة سبخة أو ملحة. فإن حصل ذلك بتعدي مالك العين ضمن عيناً أخرى، كالموصي بركوب سيارة ثم عطلها، فعليه تقديم سيارة أخرى.

٣ - وفاة المنتفع عند الحنفية؛ لأن المنافع لا تورث عندهم.

٤ - وفاة مالك العين إذا كانت المنفعة من طريق الإعارة أو الإجارة؛ لأن الإعارة عقد تبرع، وهو ينتهي بموت المتبرع، ولأن ملكية المأجور تنتقل إلى ورثة المؤجر.

وهذا عند الحنفية، وقال الشافعية والحنابلة: الإعارة عقد غير لازم، فيجوز للمعير أو لورثته الرجوع عنها، سواء أكانت مطلقة أم مؤقتة. وقال المالكية: الإعارة المؤقتة عقد لازم، فمن أعار دابة إلى موضع كذا، لم يجز له أخذها قبل ذلك، وإلا لزمه إبقاؤها قدر ما ينتفع بالمستعار الانتفاع المعتاد. وبذلك يتبين أن الجمهور يقولون: إن الإعارة لا تنتهي بموت المعير أو المستعير، وكذلك الإجارة لا تنتهي بموت أحد العاقدين؛ لأنها عقد لازم كالبيع.

أما إذا كانت المنفعة من طريق الوصية أو الوقف، فلا ينتهي حق المنفعة بموت الموصي؛ لأن الوصية تبدأ بعد موته، ولا بموت الواقف؛ لأن الوقف إما مؤبد، أو مؤقت فيتقيد بانتهاء مدته.

٣ - ملك المنفعة العيني أو حق الارتفاق:

حق الارتفاق: هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر، مملوك لغير مالك

العقار الأول. وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران دون نظر إلى المالك. مثل حق الشِّرب، وحق المجرى، وحق المسيل، وحق المرور، وحق الجوار، وحق العلو.

أما حق الشِّرْب: فهو النصيب المستحق من الماء لسقي الزرع والشجر، أو نوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة لسقي الأرض.

ويلحق به **حق الشفة**: وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي. وسمي بذلك لأن الشُّرب يكون عادة بالشفة.

والماء بالنسبة لهذا الحق أربعة أنواع[١]:

أ ـ ماء الأنهار العامة كالنيل ودجلة والفرات ونحوها من الأنهار العظيمة: لكل واحد الانتفاع به، لنفسه ودوابه وأراضيه، بشرط عدم الإضرار بالغير، لحديث: «الناس شركاء في ثلاث: الماء والكلأ والنار» وحديث «لا ضرر ولا ضرار».

ب ـ ماء الجداول والأنهار الخاصة، المملوكة لشخص: لكل إنسان حق الشفة منه، لنفسه ودوابه، وليس لغير مالكه سقي أراضيه إلا بإذن مالك المجرى.

ج ـ ماء العيون والآبار والحياض ونحوها المملوكة لشخص: يثبت فيها كالنوع الثاني حق الشفة دون حق الشرب. فإن أبى صاحب الماء، ومنع الناس من الاستقاء لأنفسهم ودوابهم، كان لهم قتاله حتى ينالوا حاجتهم، إذا لم يجدوا ماءً قريباً آخر.

د ـ الماء المحرز في أوان خاصة: كالجرار والصهاريج، لا يثبت لأحد حق الانتفاع به بأي وجه إلا برضا صاحب الماء؛ لأن الرسول عليه السلام نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه. لكن المضطر إلى هذا الماء الذي يخاف على نفسه الهلاك من العطش، له أخذ ما يحتاجه منه، ولو بالقوة ليدفع عن نفسه الهلاك، ولكن مع دفع قيمته، لأن (الاضطرار لا يبطل حق الغير).

وحق المجرى: هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجرائه من

---

(١) البدائع: ٦/ ١٨٨ ومابعدها، تكملة فتح القدير: ٨/ ١٤٤، القوانين الفقهية: ص ٣٣٩، نهاية المحتاج: ٤/ ٢٥٥، المغني: ٥/ ٥٣١.

ملك جاره إلى أرضه لسقيها. وليس للجار أن يمنع مرور الماء لأرض جاره، وإلا كان له إجراؤه جبراً عنه، دفعاً للضرر عنه.

وحق المسيل: هو مجرى على سطح الأرض، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة عن الحاجة، أو غير الصالحة حتى تصل إلى مصرف عام أو مستودع، كمصارف الأراضي الزراعية أو مياه الأمطار أو الماء المستعمل في المنازل. والفرق بين المسيل والمجرى: أن المجرى لجلب المياه الصالحة للأرض، والمسيل لصرف الماء غير الصالح عن الأرض أو عن الدار. وحكمه مثل حق المجرى، ليس لأحد منعه إلا إذا حدث ضرر بين.

وحق المرور: هو حق صاحب عقار داخلي بالوصول إلى عقاره من طريق يمر فيه سواء أكان الطريق عاماً غير مملوك لأحد، أم خاصاً مملوكاً للغير. فالطريق العام يحق لكل إنسان المرور فيه. والطريق الخاص: يحق لأصحابه المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ عليه، وليس لهم سده أمام العامة للالتجاء إليه.

وحق الجوار: الجوار نوعان: علوي وجانبي، وفيه حقان:

أ ـ **حق التعلي**: وهو الثابت لصاحب العلو على صاحب السفل، أي الحق الطابقي أو حق العلو.

ب ـ **حق الجوار الجانبي**: وهو الثابت لكل من الجارين على الآخر.

ولصاحب حق التعلي حق القرار على الطبقة السفلى، وهو حق ثابت دائماً لصاحب العلو، لا يزول بهدم العقار كله أو انهدام السفل، وله ولورثته إعادة بنائه حين يريد، وليس لصاحب العلو أو السفل أن يتصرف في بنائه تصرفاً يضر بالآخر، وإذا انهدم السفل وجب على صاحبه إعادة بنائه، فإن امتنع أجبر على ذلك قضاء، فإن رفض كان لصاحب العلو البناء ويرجع على الآخر بالنفقات، إذا بني بإذن القاضي أو إذن صاحب السفل، فإن بني من غير إذن رجع بقيمة البناء وقت تمامه، لا بما أنفق؛ لأنه لم يكن وكيلاً بالإنفاق.

وليس لصاحب الجوار الجانبي إلا حق واحد وهو ألا يضر أحدهما بصاحبه ضرراً فاحشاً بيِّناً: وهو كل ما يمنع المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يكون سبباً لهدم البناء أو وهن فيه.

فالضرر في كل أنواع الجوار ممنوع، أما التصرفات التي يُشكل أمرها في الجوار العلوي فلا يعلم أيحصل منها ضرر أم لا، كفتح باب أو نافذة في الطابق الأسفل، أو وضع متاع ثقيل في الطابق الأعلى قد يؤثر في السقف، فهذه مختلف في منعها[١]. فقال أبو حنيفة: يمنع هذا التصرف إلا بإذن الجار؛ لأن الأصل في تصرفات المالك في ملكه، التي يتعلق بها حق الغير هو المنع والحظر، لأن ملكه ليس خالصاً، فلا يباح له إلا ما يتيقن فيه عدم الضرر، ويتوقف ما عداه على إذن صاحب الحق ورضاه. وهذا الرأي هو المفتى به عند الحنفية.

وقال الصاحبان: الأصل في ذلك الإباحة؛ لأن صاحب العلو تصرف في ملكه، والمالك حر التصرف في ملكه مالم يكن فيه ضرر لغيره بيقين، فيمنع منه حينئذ، ويبقى ما عداه على الإباحة، وهذا الرأي في تقديري هو المعقول الواجب الاتباع. فيصبح حكم الجوار الجانبي والعلوي واحداً، وهو إباحة التصرف في الملك ما لم يترتب على ذلك ضرر فاحش بالجار، فإن وقع الضرر، وجب على المتعدي ضمانه، سواء أكان الضرر مباشراً أم بالتسبب. وهو رأي المالكية وباقي المذاهب أيضاً[٢].

أمور ثلاثة متعلقة بحقوق الارتفاق:

الأول ـ الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي:

يفترق حق الارتفاق عن حق الانتفاع من نواحٍ أربع تالية:

١ - حق الارتفاق يكون دائماً مقرراً على عقار، فتنقص به قيمة العقار المقرر عليه، أما حق الانتفاع الشخصي فقد يتعلق بعقار كوقف العقار أو الوصية به أو إجارته أو إعارته. وقد يتعلق بمنقول كإعارة الكتاب وإجارة السيارة.

٢ - حق الارتفاق مقرر لعقار إلا حق الجوار فقد يكون لشخص أو لعقار. أما حق الانتفاع فإنه دائماً مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه.

---

(١) فتح القدير: ٥/ ٥٠٣، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين: ٤/ ٣٧٣، ط البابي الحلبي، البدائع: ٦/ ٢٦٤، البحر الرائق: ٧/ ٣٢، تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩٦.

(٢) المنتقى على الموطأ: ٦/ ٤٠ ومابعدها، القوانين الفقهية: ص ٣٤١، نيل الأوطار: ٥/ ٢٦١، ط العثمانية.

٣ - حق الارتفاق حق دائم يتبع العقار وإن تعدد الملاك. وحق الانتفاع الشخصي مؤقت ينتهي بأحوال معينة كما تقدم.

٤ - حق الارتفاق يورث حتى عند الحنفية الذين لا يعدونه مالاً؛ لأنه تابع للعقار. وأما حق الانتفاع فمختلف في إرثه بين الفقهاء كما سبق بيانه.

الثاني ـ خصائص حقوق الارتفاق:

لحقوق الارتفاق أحكام عامة وخاصة.

فأحكامها العامة أنها إذا ثبتت تبقى ما لم يترتب على بقائها ضرر بالغير، فإن ترتب عليها ضرر أو أذى وجب إزالتها، فيزال المسيل القذر في الطريق العام، ويمنع حق الشرب إذا أضر بالمنتفعين، ويمنع سير السيارة في الشارع العام إذا ترتب عليها ضرر كالسير بالسرعة الفائقة، أو في الاتجاه المعاكس، عملاً بالحديث النبوي المتقدم «لا ضرر ولا ضرار» ولأن المرورفي الطريق العام مقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه[1].

وأما الأحكام الخاصة فسأذكرها في بحث حقوق الارتفاق المخصص لكل نوع منها.

الثالث ـ أسباب حقوق الارتفاق:

تنشأ حقوق الارتفاق بأسباب متعددة منها:

١ - الاشتراك العام: كالمرافق العامة من طرقات وأنهار ومصارف عامة، يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها، بالمرور والسقي وصرف المياه الزائدة عن الحاجة، لأن هذه المنافع شركة بين الناس يباح لهم الانتفاع بها، بشرط عدم الإضرار بالآخرين.

٢ - الاشتراط في العقود: كاشتراط البائع على المشتري أن يكون له حق مرور بها، أو حق شرب لأرض أخرى مملوكة له، فيثبت هذان الحقان بهذا الشرط.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٥/٤٢٧.

٣ - التقادم: أن يثبت حق ارتفاق لعقار من زمن قديم لا يعلم الناس وقت ثبوته، كإرث أرض زراعية لها حق المجرى أو المسيل على أرض أخرى؛ لأن الظاهر أنه ثبت بسبب مشروع حملاً لأحوال الناس على الصلاح، حتى يثبت العكس.

المطلب الخامس ـــ أسباب الملك التام:

إن أسباب أو مصادر الملكية التامة في الشريعة أربعة هي:

الاستيلاء على المباح، والعقود، والخلفية، والتولد من الشيء المملوك. وفي القانون المدني هي ستة: الاستيلاء على ما ليس له مالك من منقول أو عقار، والميراث وتصفية التركة، والوصية، والالتصاق بالعقار أو بالمنقول، والعقد، والحيازة والتقادم[١].

وهذه الأسباب تتفق مع الأسباب الشرعية[٢] ما عدا الحيازة والتقادم (وضع اليد على مال مملوك للغير مدة طويلة)، فإن الإسلام لا يقر التقادم الـمُكسِب على أنه سبب للملكية، وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين[٣]، توفيراً لوقت القضاة، وتجنباً لما يثار من مشكلات الإثبات، وللشك في أصل الحق. أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه وإيفاؤه له ديانة. فمن وضع يده على مال مملوك لغيره لا يملكه شرعاً بحال.

كذلك لا يقر الإسلام مبدأ التقادم الـمُسقِط على أنه مسقط للحق بترك المطالبة به مدة طويلة، فاكتساب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة والخلق، ويكفي في ذلك أن يصير الغاصب أو السارق مالكاً، إلا أن الإمام مالك في

---

(١) راجع الفصل الثاني من حق الملكية ـ أسباب كسب الملكية: م ٨٢٨، ٨٣٦، ٨٧٦، ٨٧٩، ٨٩٤، ٩٠٧ ومابعدها من القانون المدني السوري.

(٢) يلاحظ أن المادة (١٢٤٨) من المجلة اقتصرت على الأسباب الأولى للتملك. ولكن من الضروري إضافة سبب رابع وهو التولد من المملوك إذ هو سبب مستقل عن تلك الأسباب.

(٣) حدده الفقهاء بـ ٣٣ سنة، وحددته المجلة (م ١٦٦١، ١٦٦٢) في الحقوق الخاصة بـ ١٥ سنة وفي الأراضي الأميرية بـ ١٠ سنوات، وفي الأوقاف وأموال بيت المال بـ ٣٦ سنة.

المدونة خلافاً لمعظم أصحابه يرى إسقاط الملكية بالحيازة، كما يرى تملك الشيء بالحيازة، ولكنه لم يحدد مدة للحيازة، وترك تحديدها للحاكم، ويمكن تحديدها عملاً بحديث مرسل رواه سعيد بن المسيب مرفوعاً إلى النبي ﷺ عن زيد بن أسلم: «من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين، فهو أحق به منه»[1].

١- الاستيلاء على المباح:

المباح: هو المال الذي لم يدخل في ملك شخص معين، ولم يوجد مانع شرعي من تملكه كالماء في منبعه، والكلأ والحطب والشجر في البراري، وصيد البر والبحر. ويتميز هذا النوع بما يأتي:

أ ـ أنه سبب منشئ للملكية على شيء لم يكن مملوكاً لأحد. أما بقية أسباب الملكية الأخرى (العقد، الميراث ونحوهما) فإن الملكية الحادثة مسبوقة بملكية أخرى.

ب ـ أنه سبب فعلي لا قولي: يتحقق بالفعل أو وضع اليد، فيصح من كل شخص ولو كان ناقص الأهلية كالصبي والمجنون والمحجور عليه. أما العقد فقد لا يصح من هؤلاء أو يكون موقوفاً على إرادة أخرى، وهو سبب قولي.

ويشترط للتملك بهذا الطريق أي إحراز المباح شرطان:

أولهما ـ ألا يسبق إلى إحرازه شخص آخر، لأن «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له» كما قال النبي عليه السلام.

ثانيهما ـ قصد التملك: فلو دخل الشيء في ملك إنسان دون قصد منه لا يتملكه، كما إذا وقع في حِجْر إنسان، لا يتملكه. ومن نشر شبكته، فإن كان للاصطياد تملك ما يقع فيها، وإن كان للتجفيف لم يتملك ما يقع فيها؛ لأن «الأمور بمقاصدها».

---

(١) انظر بحث الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عبد الجواد: ص ١٨-٥٠ ومابعدها، ٦٠، ١٠٨، ١٥٠ ومابعدها، ومراجعه مثل المدونة: ١٣/ ٢٣، وتبصرة الحكام على هامش فتح العلي المالك: ٢/ ٣٦٢ ومابعدها.

والاستيلاء على المباح له أنواع أربعة:

أولاً ــ إحياء الموات: أي استصلاح الأراضي البور. والموات: ما ليس مملوكاً من الأرضين: ولا ينتفع بها بأي وجه انتفاع، وتكون خارجة عن البلد. فلا يكون مواتاً: ما كان ملكاً لأحد الناس، أو ما كان داخل البلد، أو خارجاً عنها، ولكنه مرفق لها كمحتطب لأهلها أو مرعى لأنعامهم.

والإحياء يفيد الملك لقول النبي ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» سواء أكان الإحياء بإذن الحاكم أم لا عند جمهور الفقهاء. وقال أبو حنيفة ومالك: لا بد من إذن الحاكم. وإحياء الأرض الموات يكون بجعلها صالحة للانتفاع بها كالبناء والغرس والزراعة والحرث وحفر البئر. وعمل مستصلح الأرض لإحيائها يسمى فقهاً «التحجير» وقد حدد بثلاث سنين، قال عمر «ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق».

ثانياً ــ الاصطياد: الصيد: هو وضع اليد على شيء مباح غير مملوك لأحد. ويتم إما بالاستيلاء الفعلي على المصيد، أو بالاستيلاء الحكمي: وهو اتخاذ فعل يعجز الطير أو الحيوان أو السمك عن الفرار، كاتخاذ الحياض لصيد الأسماك، أو الشباك، أو الحيوانات المدربة على الصيد كالكلاب والفهود والجوارح المعلمة[1].

والصيد حلال للإنسان إلا إذا كان محرماً بالحج أو العمرة، أو كان المصيد في حرم مكة المكرمة أو المدينة المنورة، قال تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ ۖ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ۗ﴾ [المائدة: ٥/ ٩٦].

والصيد من أسباب الملكية، لكن يشترط في الاستيلاء الحكمي لا الاستيلاء الحقيقي قصد التملك عملاً بقاعدة (الأمور بمقاصدها). فمن نصب شبكة فتعلق بها صيد، فإن كان قد نصبها للجفاف، فالصيد لمن سبقت يده إليه، لأن نيته لم تتجه إليه. وإن كان قد نصبها للصيد، ملكه صاحبها، وإن أخذه غيره كان متعدياً

(١) قال تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ ۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ۙ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ ۖ فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ ۖ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ سَرِيعُ ٱلْحِسَابِ ﴿٤﴾﴾ [المائدة: ٥/ ٤].

غاصباً. ولو أفرخ طائر في أرض إنسان كان لمن سبقت إليه يده إلا إذا كان صاحب الأرض هيأها لذلك.

وإذا دخل طائر في دار إنسان، فأغلق صاحبها الباب لأخذه، ملكه. وإن أغلقه صدفة، لم يملكه. وهكذا لو وقع الصيد في حفرة أو ساقية، المعوَّل في تملكه على نية صيده، وإلا فلمن سبقت إليه يده.

ثالثاً ـ الاستيلاء على الكلأ والآجام:

الكلأ: هو الحشيش الذي ينبت في الأرض بغير زرع، لرعي البهائم.

والآجام: الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة.

وحكم الكلأ: ألا يملك، وإن نبت في أرض مملوكة، بل هو مباح للناس جميعاً، لهم أخذه ورعيه، وليس لصاحب الأرض منعهم من ذلك؛ لأنه باق على الإباحة الأصلية، وهو الراجح في المذاهب الأربعة، لعموم حديث: «الناس شركاء في ثلاثة: الماء والكلأ والنار»[1].

وأما الآجام فهي من الأموال المباحة إن كانت في أرض غير مملوكة. فلكل واحد حق الاستيلاء عليها، وأخذ ما يحتاجه منها، وليس لأحد منع الناس منها، وإذا استولى شخص على شيء منها وأحرزه صار ملكاً له. لكن للدولة تقييد المباح بمنع قطع الأشجار، رعاية للمصلحة العامة، وإبقاء على الثروة الشجرية المفيدة.

أما إن كانت في أرض مملوكة فلا تكون مالاً مباحاً، بل هي ملك لصاحب الأرض، فليس لأحد أن يأخذ منها شيئاً إلا بإذنه؛ لأن الأرض تقصد لآجامها، بخلاف الكلأ، لا تقصد الأرض لما فيها من الكلأ.

رابعاً ـ الاستيلاء على المعادن والكنوز:

المعادن: ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخِلقة والطبيعة، كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص ونحوها.

---

(١) البدائع: ١٩٣/٦ ومابعدها، م ١٢٥٧ من المجلة.

والكنز: ما دفنه الناس وأودعوه في باطن الأرض من الأموال، سواء في الجاهلية أو في الإسلام.

والمعدن والكنز يشملها عند الحنفية كلمة (الركاز): وهو ما ركز في باطن الأرض، سواء أكان خلق الله كفلزات الحديد والنحاس وغيرها، أم كان بصنع الناس كالأموال التي يدفنها الناس فيها. وحكمها واحد في الحديث النبوي: «وفي الركاز الخمس»[١].

وقال المالكية والشافعية: الركاز: دفين الجاهلية. والمعدن: دفين أهل الإسلام.

حكم المعادن:

اختلف الفقهاء في تملك المعادن بالاستيلاء عليها، وفي إيجاب حق فيها للدولة إذا وجدت في أرض ليست مملوكة.

أما تملك المعادن فللفقهاء فيه رأيان:

قال المالكية في أشهر أقوالهم[٢]: جميع أنواع المعادن لا تملك بالاستيلاء عليها، كما لا تملك تبعاً لملكية الأرض، بل هي للدولة يتصرف فيها الحاكم حسبما تقضي المصلحة؛ لأن الأرض مملوكة بالفتح الإسلامي للدولة، ولأن هذا الحكم مما تدعو إليه المصلحة.

وقال الحنفية والشافعية والحنابلة في أرجح الروايتين عندهم[٣]: المعادن تملك بملك الأرض؛ لأن الأرض إذا ملكت بجميع أجزائها، فإن كانت مملوكة لشخص كانت ملكاً له، وإن كانت في أرض للدولة فهي للدولة، وإن كانت في أرض غير مملوكة فهي للواجد؛ لأنها مباحة تبعاً للأرض.

وأما حق الدولة في المعادن فيه رأيان أيضاً:

قال الحنفية: في المعادن الخمس؛ لأن الركاز عندهم يشمل المعادن والكنوز بمقتضى اللغة، والباقي للواجد نفسه. وذلك في المعادن الصلبة القابلة للطرق

(١) رواه الجماعة عن أبي هريرة (نيل الأوطار: ٤/ ١٤٧).
(٢) القوانين الفقهية: ص ١٠٢، الشرح الكبير مع الدسوقي: ١/ ٤٨٦ ومابعدها.
(٣) الدر المختار ورد المحتار: ١/ ٦١ ومابعدها، المهذب: ١/ ١٦٢، المغني: ٣/ ٢٨.

والسحب كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص. أما المعادن الصلبة التي لا تقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت والفحم الحجري، والمعادن السائلة كالزئبق والنفط، فلا يجب فيها شيء للدولة؛ لأن الأولى تشبه الحجر والتراب، والثانية تشبه الماء، ولا يجب في ذلك شيء للدولة.

وقال غير الحنفية: لا يجب في المعادن شيء للدولة، لا الخمس وغيره، وإنما يجب فيها الزكاة، لقول النبي: «العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس» فأوجب الخمس في الركاز: وهو دفين أهل الجاهلية، ولم يوجب في المعدن شيئاً؛ لأن (الجبار) معناه: لا شيء فيه. وإيجاب الزكاة عندهم هو بعموم أدلة الزكاة.

حكم الكنز:

وأما الكنز فهو ما دفنه الناس، سواء في الجاهلية أم في الإسلام. فهو نوعان: إسلامي وجاهلي:

فالإسلامي: ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام مثل كلمة الشهادة أو المصحف، أو آية قرآنية أو اسم خليفة مسلم.

والجاهلي: ما وجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنه دفن قبل الإسلام كنقش صورة صنم أو وثن، أو اسم ملك جاهلي ونحو ذلك.

والمشتبه فيه: وهو مالم يتبين بالدليل أنه إسلامي أو جاهلي، قال فيه متقدمو الحنفية: إنه جاهلي. وقال متأخروهم: إنه إسلامي لتقادم العهد. وإن وجد كنز مختلط فيه علامات الإسلام والجاهلية فهو إسلامي؛ لأن الظاهر أنه ملك مسلم، ولم يعلم زوال ملكه.

والكنز الإسلامي: يبقى على ملك صاحبه، فلا يملكه واجده، بل يعد كاللقطة، فيجب تعريفه والإعلان عنه. فإن وجد صاحبه سلم إليه وإلا تصدق به على الفقراء، ويحل للفقير الانتفاع به. هذا رأي الحنفية[1].

---

(١) فتح القدير: ٣/ ٣٠٧، البدائع: ٦/ ٢٠٢، المبسوط: ٤/ ١١ ومابعدها، الدر المختار: ٣/ ٣٥١.

وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة[١] تملكه والانتفاع به، ولكن إن ظهر صاحبه بعدئذ وجب ضمانه.

وأما الكنز الجاهلي: فاتفق أئمة المذاهب على أن خمسه لبيت المال (خزانة الدولة) وأما باقيه وهو الأربعة الأخماس ففيها اختلاف: فقيل: إنها للواجد مطلقاً سواء وجدها في أرض مملوكة أم لا. وقيل: إنها للواجد في أرض غير مملوكة أوفي أرض ملكها بالإحياء. فإن كان في أرض مملوكة فهي لأول مالك لها أو لورثته إن عرفوا، وإلا فهي لبيت المال.

هذا وقد خصص القانون المدني السوري (م٨٣٠) ثلاثة أخماس الكنز لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز، وخمسه لمكتشفه، والخمس الأخير لخزينة الدولة.

٢- العقود الناقلة للملكية:

العقود كالبيع والهبة والوصية ونحوها من أهم مصادر الملكية وأعمها وأكثرها وقوعاً في الحياة المدنية؛ لأنها تمثل النشاط الاقتصادي الذي يحقق حاجات الناس من طريق التعامل. أما الأسباب الأخرى للملكية فهي قليلة الوقوع في الحياة.

ويدخل في العقود التي هي سبب مباشر للملكية حالتان[٢]:

الأولى: العقود الجبرية التي تجريها السلطة القضائية مباشرة، بالنيابة عن المالك الحقيقي، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه، وبيع الأموال المحتكرة. فالمتملك يتملك عن طريق عقد بيع صريح بإرادة القضاء.

الثانية: نزع الملكية الجبري: وله صورتان:

أ ـ الشفعة: وهي عند الحنفية حق الشريك أو الجار الملاصق بتملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما بذل من ثمن ونفقات.وقصرها الجمهور على الشريك.

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٣٠١، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٤/ ١٢١، المهذب: ١/ ٤٣٠، مغني المحتاج: ٢/ ٤١٥، المغني: ٥/ ٦٣٦.

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء: ف ١٠٥.

ب ـ الاستملاك للصالح العام: وهو استملاك الأرض بسعرها العادل جبراً عن صاحبها للضرورة أو المصلحة العامة، كتوسيع مسجد، أو طريق ونحو ذلك.

والمتملك من هذا الطريق يتملك بناء على عقد شراء جبري مقدر بإرادة السلطة. وعلى هذا فالعقد المسبب للملكية إما أن يكون رضائياً أو جبرياً، والجبري: إما صريح كما في بيع مال المدين، أو مفترض كما في الشفعة ونزع الملكية.

٣- الخَلَفية:

وهي أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه، أو يحل شيء محل شيء آخر، فهي نوعان: خَلَفية شخص عن شخص وهي الإرث. وخلفية شيء عن شيء وهي التضمين.

والإرث سبب جبري للتملك يتلقى به الوارث بحكم الشرع مايتركه المورث من أموال التركة.

والتضمين: هو إيجاب الضمان أوالتعويض على من أتلف شيئاً لغيره، أو غصب منه شيئاً فهلك أو فقد، أو ألحق ضرراً بغيره بجناية أو تسبب. ويدخل فيه الديات وأروش الجنايات أي الأعواض المالية المقدرة شرعاً الواجبة على الجاني في الجراحات.

٤- التولد من المملوك:

معناه أن ما يتولد من شيء مملوك يكون مملوكاً لصاحب الأصل؛ لأن مالك الأصل هو مالك الفرع، سواء أكان ذلك بفعل مالك الأصل، أم بالطبيعة والخلقة. فغاصب الأرض الذي زرعها يملك الزرع عند الجمهور غيرالحنابلة؛ لأنه نماء البذر وهو ملكه، وعليه كراء الأرض، ويضمن لصاحب الأرض نقصانها بسبب الزرع. وثمرة الشجر وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها لمالك الأصل.

وقال الحنابلة: الزرع لمالك الأرض، لقوله ﷺ: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيء، وله نفقته»[(١)].

---

(١) رواه الخمسة إلا النسائي عن رافع بن خديج، قال البخاري: هو حديث حسن (نيل الأوطار: ٥/٣١٨ ومابعدها).

الفصل الرّابع

نظرية العقد

تمهيد وتخطيط للبحث:

التعاقد مع الآخرين وليد الحاجة إلى التعامل، والتعامل ضرورة اجتماعية قديمة ملازمة لنشوء المجتمعات، وتخطي مرحلة الانغلاق والانعزال التي كان يعيشها الإنسان البدائي، فأصبح لا غنى لكل إنسان لكونه مدنياً بالطبع من العيش المشترك مع الجماعة، لتأمين حاجياته، ولا يتم ذلك بدون التبادل والتعاون مع الآخرين. وللمبادلات صور متعددة، تخضع لما يعرف بنظرية العقد، التي تنظم حركة النشاط الاقتصادي، وتضبط أصول التعامل، وحرية التجارة، وتبادل الأعيان والمنافع، ولا تخلو الحياة اليومية لكل فرد من إبرام عقد من العقود، مما يجعل مسيرة الحياة مترعة بالعقود.

فتكون نظرية العقد: هي **البناء الشرعي الذي يقوم عليه نظام التعاقد.**

وقد وضع فقهاء الإسلام نظاماً على حدة لكل عقد معروف في عصرهم، ويمكن للباحث أن يستخلص نظرية عامة للعقد من جملة هذه الأنظمة، وبحوث الفقهاء حول تعريفات العقد، وأركانه وشروطه، وأحكامه التي قرروها لكل عقد. وبه يمكن الانتقال من الطابع الاستقرائي والتحليلي للقضايا الفردية الذي سار عليه فقهاؤنا إلى المنهج التركيبي أو النظريات العامة التي يسير عليها الآن فقهاء العصر الحديث في القانون وغيره.

والأصول العامة لنظرية العقد في الفقه الإسلامي تتضح في البحوث السبعة التالية:

المبحث الأول: تعريف العقد، والفرق بينه وبين التصرف والالتزام، والإرادة المنفردة والوعد بالعقد.

المبحث الثاني: تكوين العقد، وفيه مطالب ثلاثة:

المطلب الأول ــ ركن العقد.

المطلب الثاني ــ عناصر العقد.

١ - صيغة التعاقد (الألفاظ والإشارات والأفعال والكتابة).

٢ - العاقدان

٣ - المحل المعقود عليه (شروطه وآثارها في العقد).

٤ - موضوع العقد (أو المقصد الأصلي للعقد) نظرية السبب أو (الباعث على العقد) ـ الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في العقود.

المطلب الثالث ــ الإرادة العقدية، ويشتمل على الفروع التالية:

١ - صورية العقد (السكر وما في معناه، الهزل،الخطأ، التلجئة، الإكراه، القصد غير المشروع).

٢ - سلطان الإرادة العقدية (مدى الحرية في العقود والشروط).

٣ - عيوب الإرادة أو الرضا.

المبحث الثالث: شروط العقد

المبحث الرابع: آثار العقد (حكم العقد، النفاذ، الإلزام واللزوم)

المبحث الخامس: تصنيف العقود (التقسيمات الخمسة)

المبحث السادس: الخيارات (خيار المجلس، الشرط، العيب، الرؤية، التعيين، النقد).

المبحث السابع: انتهاء العقد

وأوضح هذه المباحث على وفق الترتيب المذكور:

المبحث الأول ـ تعريف العقد، والفرق بينه وبين التصرف والالتزام والإرادة المنفردة:

تعريف العقد:

العقد في لغة العرب: معناه الربط (أو الإحكام والإبرام) بين أطراف الشيء، سواء أكان ربطاً حسياً أم معنوياً، من جانب واحد، أم من جانبين. جاء في المصباح المنير وغيره: عقد الحبل، أو البيع، أو العهد فانعقد. ويقال: عقد النية والعزم على شيء، وعقد اليمين، أي ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به. وعقد البيع والزواج والإجارة، أي ارتبط مع شخص آخر.

وهذا المعنى اللغوي داخل في المعنى الاصطلاحي الفقهي لكلمة العقد. وللعقد عند الفقهاء معنيان: عام وخاص.

أما المعنى العام: الأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة[١] فهو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن، أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً، سواء من شخص واحد أو من شخصين، ويشمل حينئذ ما يسمى في المعنى الضيق أو الخاص عقداً، كما يشمل ما يسمى تصرفاً أو التزاماً. فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام.

وأما المعنى الخاص الذي يراد هنا حين الكلام عن نظرية العقد فهو: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله[٢]. أو بعبارة أخرى: تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل[٣]. وهذا التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء.

---

(١) انظر نظرية العقد لابن تيمية: ص ١٨-٢١، ٧٨. ومن هذا الرأي أبو بكر الرازي الجصاص في كتابه أحكام القرآن: ٢/ ٢٩٤ ومابعدها.

(٢) المادة ١٠٣، ١٠٤ من مجلة الأحكام العدلية، رد المحتار لابن عابدين: ٢/ ٣٥٥، ط الأميرية.

(٣) العناية بهامش فتح القدير: ٥/ ٧٤.

فإذا قال شخص لآخر: بعتك الكتاب، فهو الإيجاب، وقال الآخر: اشتريت، فهو القبول، ومتى ارتبط القبول بالإيجاب، وكانا صادرين من ذوي أهلية معتبرة شرعاً، ثبت أثر البيع في محله (وهو الكتاب هنا): وهو انتقال ملكية المبيع للمشتري، واستحقاق البائع الثمن في ذمة المشتري.

والإيجاب أو القبول: هو الفعل الدال على الرضا بالتعاقد. والتقييد بكونه (على وجه مشروع) لإخراج الارتباط على وجه غير مشروع، كالاتفاق على قتل فلان، أو إتلاف محصوله الزراعي، أو سرقة ماله، أو الزواج بالأقارب المحارم، فكل ذلك غير مشروع لا أثر له في محل العقد. والتقييد بكونه (يثبت أثره في محله) لإخراج الارتباط بين كلامين لا أثر له، كالاتفاق على بيع كل شريك حصته من دار أو أرض لصاحبه بالحصة الأخرى المساوية لها، فهذا لا فائدة منه ولا أثر له.

والعقد قانوناً يلتقي مع هذا التعريف الثاني عند الفقهاء: وهو «توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله أو إنهائه»[١] فإنشاء الالتزام كالبيع والإجارة، ونقله كالحوالة، وتعديله كتأجيل الدين، وإنهاؤه كالإبراء من الدين، وفسخ الإجارة قبل أوانها، فالتعريفان متقاربان.

وهذا التعريف وإن كان واضحاً سهلاً، إلا أن تعريف الفقهاء في نظر الشرعيين أدق؛ لأن العقد ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته، وإنما هو الارتباط الذي يقره الشرع، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين، ويكون العقد باطلاً لعدم توافر الشروط المطلوبة شرعاً، فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل.

ثم إن مجرد توافق الإرادتين بدون واسطة للتعبير عنهما من كلام أو إشارة أو فعل لا يدل على وجود العقد، وتظل الإرادة حينئذ أمراً خفياً غير معروف. وبذلك يشمل التعريف القانوني الوعد بالعقد مع أنه ليس بعقد[٢].

والعقد في القانون المدني أحد أنواع الاتفاق، فليس كل اتفاق عقداً،

---

(١) الوسيط للدكتور السنهوري: ص ١٣٨، النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي: ص ٣٥ ومابعدها.

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ١٣٤، المدخل للأستاذ مصطفى شلبي: ص ٣١٥.

وإنما يتخصص العقد بما يمثل التعارض بين مصلحتين، وبما ينصب على محل وقتي يستنفد وينتهي بالتنفيذ مرة واحدة، فالاتفاق على إنشاء منظمة لا يعتبر عقداً، لأنه لا يمثل تعارضاً في المصالح، ولأن محل العقد هو وضع دائم مستمر، وليس وضعاً وقتياً يستنفد مرة واحدة.

أما العقد في الفقه الإسلامي فلا يعرف هذا التخصيص، فالزواج عقد، والإسلام عقد، والذمة عقد،مع أنها نظم دائمة، وقد لا تقوم على تحكيم المصلحة الشخصية. والعقد في الإسلام: هو دائماً انضمام لنظام موجود من قبل، هو النظام النوعي للعقد المبرم الذي وضعه الشرع ليسير عليه الناس. وما على الأفراد إلا التقيد التام بأحكام الشرع التي نظم العقود عليها. والخلاصة: أن العقد في القانون أداة لإدراك مصلحة ذاتية شخصية لكل من المتعاقدين، وأما في الإسلام فهومعد لإدراك مقاصد شرعية عامة.

العقد والالتزام:

الالتزام: هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهاءه سواء أكان صادراً من شخص واحد كالوقف والإبراء والطلاق على غير مال، أم من شخصين كالبيع والإجارة والطلاق على مال.

فالالتزام يرادف كلمة العقد بالمعنى العام الذي ذكر، ويختلف عن كلمة العقد بالمعنى الخاص، فالعقد مقصور على نوع خاص من الالتزام وهو ماكان صادراً من شخصين كالبيع والإيجار والرهن ونحوه، والالتزام من ذلك فيشمل ما صدر من شخص واحد كالوقف والنذر واليمين ونحوه، كما يشمل ما صدر من شخصين أو وجد بإرادتين مزدوجتين كالبيع والإجارة.

العقد والتصرف:

التصرف: هو كل ماصدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل، يرتب عليه الشرع أثراً من الآثار، سواء أكان في صالح ذلك الشخص أم لا. فيشمل الأقوال الصادرة عن الشخص كالبيع والهبة والوقف والإقرار بحق، والأفعال كإحراز

المباحات والاستهلاك والانتفاع، سواء أكان القول أو الفعل لصالح الشخص كالبيع والاصطياد، أم لغير صالحه كالوقف والوصية، والسرقة والقتل.

وبه يتبين أن التصرف نوعان: فعلي وقولي.

أما التصرف الفعلي: فهو الواقعة المادية الصادرة عن الشخص كالغصب والإتلاف وقبض الدين وتسلم المبيع.

أما التصرف القولي فهو نوعان: عقدي وغير عقدي. أما العقدي فهو اتفاق إرادتين كالشركة والبيع، وغير العقدي قد يكون مجرد إخبار بحق كالدعوى والإقرار، وقد يقصد به إنشاء حق أو إنهاءه كالوقف والطلاق والإبراء.

وعلى هذا فإن التصرف أعم من العقد والالتزام إذ أنه يشمل الأقوال والأفعال، وينتظم الالتزام وغير الالتزام، وقد يكون التصرف القولي غير داخل في معنى العقد ولو بمعناه الواسع أو العام كالدعوى والإقرار.

والخلاصة: أن التصرف أعم من العقد والالتزام. والعقد بالمعنى العام والالتزام مترادفان متساويان، والالتزام أعم من العقد بالمعنى الخاص، والعقد بمعناه الخاص نوع من الالتزام، وأخص من كلمة تصرف. فكل عقد هو تصرف، وليس كل تصرف عقداً.

العقد والإرادة المنفردة:

قد تستقل الإرادة الواحدة بإنشاء التزام، كما قد تنشئ أحياناً عقداً من العقود في أحوال استثنائية، عملاً بالنزعة الموضوعية للالتزام أو بالمذهب المادي الذي نلاحظه في الفقه الإسلامي، والذي يعد الالتزام فيه علاقة مالية أكثر منه علاقة شخصية بين طرفين: دائن ومدين.

والالتزام بإرادة واحدة: معناه التعهد بشيء يصبح به المتعهد مديناً لآخر غير موجود حين إنشاء الالتزام كالوعد بالمكافأة أو بالجائزة للمتفوقين من الناجحين، أو لمن يصنع دواء لعلاج مرض معين مثلاً.

وأمثلة الالتزام بإرادة واحدة في الفقه الإسلامي كثيرة منها:

١- **الجعالة**: هي التزام جعل[١] أو أجر معين لمن يقوم بعمل معين، بدون تحديد أمد معين، وهي عقد جائز غير لازم كتقديم مكافأة لمن يرد متاعاً ضائعاً، أو يبني حائطاً أو يحفر بئراً يصل إلى الماء، أو ينجح نجاحاً متفوقاً في امتحان، أو يحقق نصراً حربياً على العدو، أو يشفي مرضاً معيناً، أو يبتكر علاجاً ناجعاً، أو يخترع اختراعاً صناعياً، أو يحفظ القرآن الكريم.

وقد أجازها جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[٢] عملاً بقصة يوسف عليه السلام مع إخوته: ﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ[٣] ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾ [يوسف: ١٢/ ٧٢]، ويؤيده قوله عليه الصلاة والسلام يوم حُنين: «من قتل قتيلاً فله سلبه»[٤].

ولم يجزها الحنفية[٥]، لما فيها من الغرر والخطر أي الجهالة والاحتمال بالنسبة للملتزم وبالنسبة للقائم بالعمل الذي لا يدري ما يحتاجه من مجهود لإنجاز العمل.

والقانون المدني السوري في المادة (١٦٣) نظم الوعد بجائزة: وهو تخصيص أجر لشخص لن يتعين إلا بتنفيذ الأداء الذي حدده الواعد. وأجاز الرجوع عنه إذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل.

٢- **الوقف**: هو حبس المال عن التصرف، وتخصيص ريعه لجهة بر، تقرباً إلى الله تعالى، كالوقف على دور العلم وجهات الخير كالمشافي والمدارس والمصانع الحربية، والوقف لفلان، ثم على جهة خير معينة. وينعقد الوقف بإرادة الواقف وحده، فإن كان على شخص فله حق الرد، فيصرف إلى جهة الخير أو البر التي عينها الواقف.

---

(١) الجُعْل: ما يجعل للإنسان من شيء على فعل كأجر العامل ومكافأة المحارب على عمل حربي رائع.

(٢) بداية المجتهد: ٢/ ٢٣٢ ومابعدها، الشرح الصغير للدردير: ٤/ ٧٩ ومابعدها، القوانين الفقهية: ص٢٧٥ ومابعدها، مغني المحتاج: ٢/ ٤٢٩ ومابعدها، المغني: ٥/ ٥٠٧ ومابعدها، غاية المنتهى: ٢/ ٢٨٤.

(٣) الصواع: المكيال الذي يكال به.

(٤) السلب: ما يكون مع القتيل من متاع أو مال أو سلاح أو خيل. والحديث رواه أحمد وأبو داود عن أنس بلفظ: «من قتل رجلاً فله سلبه» (نيل الأوطار: ٧/ ٢٦٢).

(٥) البدائع: ٦/ ٢٠٦.

٣- الإبراء: إسقاط شخص ماله من حق لدى شخص آخر، كإسقاط الدائن دينه المستقر في ذمة مدينه. يتم بدون حاجة لقبول المدين، إلا أنه يرتد برده في مجلس الإبراء، لما فيه من معنى التمليك (أي تمليك الدين للمدين)، دفعاً للمِنَّة والجميل الذي يصنعه الدائن له، والإنسان لا يملّك شيئاً جبراً عنه. فهو من قبيل الإسقاطات عند جمهور الفقهاء غير المالكية.

قال المالكية على ما هو راجح عندهم: يحتاج الإبراء إلى قبول المبرأ؛ لأنه من قبيل التمليكات التي يشترط فيها القبول كالهبة والصدقة.

٤- الوصية: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء أكان المملك عيناً أم منفعة، كالوصية بمبلغ من المال أو بمنفعة دار لفلان أو لجهة خير بعد وفاة الموصي، فهي عقد يتم بإرادة واحدة هي إرادة الموصي، وتتحقق بإيجابه (أو عبارته أو كتابته أو إشارته المفهمة) فيكون ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي فقط، إلا أنها ترتد بالرد عند الحنفية[١]؛ لأنه ليس له إلزامه على قبولها.

واتفق الفقهاء على أن الوصية من العقود الجائزة غير اللازمة أي أن للموصي أن يرجع فيما أوصى به.

فالإيجاب بالوصية هو ركن الوصية. وأما القبول من الموصى له بعد وفاة الموصي فليس بركن للوصية، ولكنه على الراجح عند فقهاء المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة[٢] شرط للزوم الوصية ودخول الموصى به في ملك الموصى له من بعد الموت. فالحقيقة الشرعية للوصية عندهم تكون بالإيجاب من الموصي فقط، ولا تتوقف على قبول الموصى له. وتنفذ الوصية من ثلث التركة، ولا وصية جائزة للوارث إلا بإجازة الورثة، كما لا تجوز الوصية لغير الوارث بما زاد عن ثلث التركة إلا بموافقة الورثة.

---

(١) اللباب شرح الكتاب: ٤/ ١٧٠، تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/ ١٨٢، ١٨٤، رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٤٦٠.

(٢) بداية المجتهد: ٢/ ٣٣٠، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٤٢٤، مغني المحتاج: ٣/ ٥٣، غاية المنتهى: ٢/ ٣٥١، المغني: ٦/ ٢٥.

٥- **اليمين**: عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك[١]، مثل والله لأكرمنَّ جاري، أو لأعلمنَّ هذا اليتيم على تفقتي، فيجب عليه ديانةً الوفاء بيمينه، فإن لم يوفّ به، حنث في يمينه ولزمته كفارة اليمين.

٦- **الكفالة**: عند غير الحنفية: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق أي في الدين، فيثبت الدين في ذمتهما معاً. واقتصر الحنفية على أن الضم محصور في المطالبة بالدين. فالكفالة: التزام الكفيل بالدين بأدائه إلى الدائن بدلاً من من المدين عند مطالبته. وهي توجد بمجرد التزام الكفيل بالدين ورضاه به عند المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف من الحنفية[٢]، أي أن ركن الكفالة هو الإيجاب وحده، وأما القبول من الدائن أو المدين فليس ركناً عند هؤلاء. فتكون التزاماً جانب واحد. وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن[٣]: ركن الكفالة: الإيجاب من الكفيل، والقبول من الدائن.

العقد بإرادة منفردة:

الأصل العام في العقود أن يكون العاقد متعدداً، أي أن العقد ينشأ بإيجاب وقبول يعبر كل واحد منهما عن إرادة صاحبه؛ لأن العقد ينشئ آثاراً متعارضة وحقوقاً أو التزاماتٍ متضادة، مثل تسليم المبيع وتسلمه، والمطالبة بتسليم المبيع وقبض الثمن، ورد المبيع بالعيب، وفسخ العقد بالخيارات، ويستحيل أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلِّماً ومتسلماً، طالباً ومطالباً، مملكاً ومتملكاً، مما يوجب أن يكون العقد من طرفين، لكل منهما إرادته وعبارته والتزامه، لا من شخص واحد ليس له إلا إرادة واحدة.

لكن استثناء من هذا الأصل يجوز عند بعض الفقهاء إبرام العقد بعاقد واحد في بعض حالات البيع والزواج.

---

(١) فتح القدير: ٤/ ٢، تبيين الحقائق: ٣/ ١٠٦.

(٢) الشرح الصغير: للدردير: ٣/ ٤٢٩ ومابعدها، مغني المحتاج: ٢/ ٢٠٠، المهذب: ١/ ٣٤٠، المغني: ٥/ ٥٣٥.

(٣) فتح القدير: ٥/ ٣٩٠، البدائع: ٦/ ٢، الدر المختار: ٤/ ٢٦١، مجمع الضمانات: ص ٢٧٥.

البيع بعاقد واحد:

أجاز الحنفية ما عدا زفر[١] انعقاد البيع بإرادة شخص واحد متخذاً صفتين بالنيابة عن البائع وعن المشتري، في حالات نادرة هي شراء الأب، أو وصيه، أو الجد، مال الصغير لنفسه، أو بيع مال نفسه من الصغير، وبيع القاضي والرسول عن طرفي العقد؛ لأن القاضي لا ترجع إليه حقوق العقد أي (لا يلتزم بشيء من التزامات العقد كالتسليم ودفع الثمن)، فكان بمنزلة الرسول، والرسول بعكس الوكيل عن الجانبين لا تلزمه حقوق العقد؛ لأنه سفير ومعبر عن كلام الأصيل، فجاز لكل من القاضي والرسول تولي العقد عن الجانبين. ولا يجوز ذلك للوكيل من الجانبين.

لكن تعامل الأب مع الصغير لنفسه مقيد بأن يكون السعر بمثل قيمة الشيء، أو بشيء يسير من الغبن المعتاد حدوثه بين الناس عادة؛ لأن الأب مفترض فيه كمال الشفقة والرحمة ووفرة الرعاية لمصلحة الصغير.

وأما وصي الأب فمقيد تعامله مع الصغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف بأن يكون تصرفه بمال الصغير لنفسه بمثل القيمة، أو بما فيه نفع ظاهر (أو خير بيّن) لليتيم[٢]، لأنه مرضي الأب، والظاهر ما رضي به إلا لوفور شفقته على الصغير. ولم يجز محمد بن الحسن تصرف الوصي بمال الصغير لنفسه بمثل القيمة؛ لأن التساهل في الأب لكمال شفقته بخلاف الوصي.

وأجاز الحنابلة أن يتولى عاقد واحد عن الجانبين كالوكيل عن الطرفين عقد البيع ونحوه من عقود المعاوضات الأخرى كالإجارة مثلاً؛ لأن حقوق العقد وآثاره أو التزاماته ترجع عندهم للموكل نفسه صاحب الشأن. كما أجازوا ذلك أيضاً في عقد الزواج، وفي الدعوى، فيصح أن يكون الشخص الواحد وكيلاً في الدعوى

---

(١) البدائع: ٢/ ٢٣٢، ٥/ ١٣٦، رد المحتار لابن عابدين: ٤/ ٥، فتح القدير: ٢/ ٤٢٨، تبيين الحقائق: ٦/ ٢١١.

(٢) النفع الظاهر في العقار يكون بشراء الوصي لنفسه من الصغير بضعف القيمة، وبيع بنصفها. وفي المنقول ببيع ما يساوي ١٥ بعشرة، وشراء ما يساوي عشرة بخمسة عشر.

عن المدعي والمدعى عليه، ممثلاً مصلحة الطرفين ومقيماً الحجة أو الدفوع لكل منهما[١].

وروي عن الإمام مالك أن للوكيل والوصي أن يشتريا لأنفسهما من مال الموكل واليتيم، إذا لم يحابيا أنفسهما[٢].

الزواج بعاقد واحد:

أجاز جمهور الحنفية ما عدا زفر للشخص الواحد أن يتولى طرفي عقد الزواج بإيجاب يقوم مقام القبول في خمس صور[٣].

١ - إذا كان الشخص ولياً من الجانبين: كأن يزوج الجد بنت ابنه الصغيرة لابن ابنه الصغير.

٢ - إذا كان وكيلاً من الجانبين: كأن يقول: زوجت موكلي فلاناً موكلتي فلانة.

٣ - إذا كان أصيلاً من جانب ووليا من جانب آخر، كأن يتزوج ابن عم بنت عمه الصغيرة التي تحت ولايته، فيقول أمام الشهود: تزوجت بنت عمي فلانة.

٤ - إذا كان أصيلاً من جانب ووكيلاً من جانب آخر، كما لو وكلت امرأة رجلاً ليزوجها من نفسه.

٥ - إذا كان ولياً من جانب ووكيلاً من جانب، مثل زوجت بنتي من موكلي.
والسبب في مشروعية انعقاد الزواج في هذه الأحوال أن العاقد ليس إلا سفيراً عن الأصيل ومعبراً عنه، فلا يتحمل شيئاً من التزامات العقد، والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين بصفتين مختلفتين.

وقال الشافعي[٤]: «يجوز الزواج بعاقد واحد إذا كان ولياً من الجانبين وذلك في حالة الجد فقط، له أن يزوج حفيديه ببعضهما، ويتولى وحده العقد عن

---

(١) كشاف القناع: ٢/ ٢٣٨، المغني: ٥/ ١٠٩، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى للسيوطي الرحيباني: ٣/ ٤٦٤، ط المكتب الإسلامي بدمشق.
(٢) القوانين الفقهية: ص ٣٢٨.
(٣) البدائع: ٢/ ٢٣١، ٥/ ١٣٧.
(٤) نهاية المحتاج: ٥/ ١٩٢ ومابعدها.

الطرفين، وذلك للضرورة لعدم وجود ولي آخر من درجته، ولقوة ولايته وشفقته دون سائر الأولياء».

والخلاصة: إن العقد بالمعنى الخاص لا يتحقق بإرادة منفردة، بل لا بد لتحققه من توافق أواجتماع إرادتين. وأما انعقاد البيع أو الزواج في الحالات السابقة، وإن اقتصر فيه على شخص واحد، إلا أنه في الحقيقة يمثل صفتين، فقامت عبارة الشخص الواحد التي تدل على إرادتين متوافقتين مقام العبارتين من عاقدين مختلفتين[1].

وهناك فرق ثان بينهما من ناحية الحكم (أي الأثر المترتب على العقد)، وهو أن العقد يلزم الوفاء به من العاقد ديانة وقضاء باتفاق الفقهاء، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ٥/١] وقوله سبحانه: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ﴾ [الإسراء: ١٧/ ٣٤]. أما الوعد فلا يلزم الوفاء به قضاء، بل الوفاء به مندوب مطلوب ديانة ومن مكارم الأخلاق. فلو وعد شخص غيره ببيع أو قرض أو هبة مثلاً لا يجبر على الوفاء بوعده بقوة القضاء، بل يندب له تنفيذه ديانة؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ۝٢ كَبُرَ مَقۡتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ۝٣﴾ [الصف: ٦١/ ٢-٣] وقال النبي ﷺ: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان»[2].

هذا هو السائد عند الفقهاء، لكن توجد آراء قد تكون مخالفة للرأي السائد، وقد تكون ملطفة أحياناً بجعل الوعد ملزماً قضاء في بعض الحالات.

قال ابن شبرمة[3]: يلزم الواعد ويجبر على الوفاء بوعده قضاء. وقال الحنفية:

---

(١) منع القانون المدني المصري والسوري في المادة ١٠٩ من تعاقد الشخص مع نفسه، سواء أكان التعاقد لحساب نفسه أم لحساب غيره إلا إذا رخص الأصيل مقدماً لنائب في التعاقد مع نفسه، أو وجد نص في القانون، أو قضت قواعد التجارة بجواز ذلك (الوسيط للسنهوري: ص ٢٠٢).

(٢) رواه الشيخان (البخاري ومسلم) والترمذي والنسائي عن أبي هريرة.

(٣) هو عبد الله بن شبرمة، قاضي فقيه من التابعين ولد سنة ٧٢ هـ وتوفي سنة ١٤٤ هـ (تهذيب التهذيب: ٥/ ٢٥٠).

يلزم الوعد إذا صدر معلقاً على شرط منعاً لتغرير الموعود. وعبروا عن ذلك بقاعدة فقهية: (المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة) (م ٣٨ مجلة) وقال ابن نجيم: «لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً» مثل أن يقول شخص لآخر: إذا لم يعطك فلان ثمن المبيع، فأنا أعطيه لك. فيلزمه إعطاؤه حينئذ؛ لأن الوعد اكتسى صفة الالتزام والتعهد.

وقال المالكية[1]: يلزم الواعد بوعده قضاء إن أدخل الموعود في سبب أو وعده مقروناً بذكر السبب، كما قال أصبغ من فقهائهم لتأكد العزم على الدفع حينئذ. مثال الحالة الأولى أن يقول لآخر: اهدم دارك وأنا أقرضك ما تبني به الدار، أو اخرج إلى الحج وأنا أقرضك، أو اشتر سلعة، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك، ففعل الموعود ذلك، فيجب عليه الإقراض لأنه أدخل الموعود في الالتزام. ومثال الحالة الثانية عند أصبغ: أن يقول شخص لآخر: تزوج أو اشتر، وأنا أقرضك، فيلزمه الوفاء بوعده ولو لم يباشر الموعود فعل الزواج أو الشراء أي سواء تزوج الموعود أو اشترى أم لا، يلزم الواعد بما وعد، دفعاً للضرر الحاصل للموعود من تغرير الواعد.

فإن وعده بدون ذكر السبب، كأن يقول شخص لآخر: أسلفني كذا، فيقول المخاطب: نعم، لا يلزمه الوعد. والقوانين الوضعية المدنية تتفق مع رأي ابن شبرمة وبعض المالكية على أن الوعد بعقد أو بعمل ملزم قانوناً.

المبحث الثاني ـ تكوين العقد

يشتمل هذا المبحث على مطالب ثلاثة:

المطلب الأول ـــ ركن العقد:

الركن في اصطلاح علماء الأصول من الحنفية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً داخلاً في حقيقته. ففي العبادات يعد الركوع والسجود وقراءة القرآن

---

(١) الفروق للقرافي: ٥/ ٢٤-٢٥، المحلى لابن حزم: ٨/ ٣٣، م/ ١١٢٥.

أركاناً للصلاة. وفي المعاملات: الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما هو ركن العقد. فركن العقد: هو كل ما يعبر به عن اتفاق الإرادتين أو ما يقوم مقامهما من فعل أو إشارة أو كتابة[١].

هذا هو مذهب الحنفية، وأما بقية العناصر أو المقومات التي يقوم عليها العقد من محل معقود عليه، وعاقدين، فهي لوازم لا بد منها لتكوين العقد، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط.

وغير الحنفية[٢] يقولون: إن للعقد أركاناً ثلاثة هي عاقد ومعقود عليه وصيغة. فالعاقد في البيع هو البائع والمشتري، والمعقود عليه هو الثمن والمثمن، والصيغة هي الإيجاب والقبول، باعتبار أن الركن عند الجمهور: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً داخلاً في حقيقته.

وأياً كان هذا الاختلاف فهو اصطلاح لا تأثير له من حيث النتيجة.

تعريف الإيجاب والقبول:

الإيجاب والقبول يكوِّنان صيغة العقد، أي العبارات الدالة على اتفاق الطرفين المتعاقدين.

وتعريفهما عند الحنفية[٣] ما يأتي:

الإيجاب: إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً من كلام أحد المتعاقدين، أو ما يقوم مقامه، سواء وقع من المملك أو المتملك[٤]. فقول العاقد الأول في البيع هو الإيجاب، سواء صدر من البائع أو من المشتري. فإذا قال البائع

---

(١) فتح القدير: ٥/ ٧٤، البدائع: ٥/ ١٣٣، رد المحتار لابن عابدين: ٤/ ٥.

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٣/ ٢، مغني المحتاج: ٢/ ٣، غاية المنتهى: ٢/ ٣، القوانين الفقهية: ص ٢٤٥.

(٣) رد المحتار لابن عابدين والدر المختار: ٤/ ٦، والمراجع السابقة.

(٤) ورد تعريف الإيجاب في المجلة (م ١٠١): «الإيجاب: أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يوجب ويثبت التصرف».

أولاً (بعت) فهو الإيجاب. وإذا ابتدأ المشتري الكلام فقال: (اشتريت بكذا) فهو الإيجاب.

والقبول: ما ذكر ثانياً من كلام أحد المتعاقدين، دالاً على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول[١].

فالمعتبر إذن: أولية الصدور وثانويته فقط، سواء أكان من جهة البائع أم من جهة المشتري في عقد البيع.

وعند غير الحنفية[٢]: الإيجاب: هو ما صدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً، والقبول: هو ما صدر ممن يصير له الملك، وإن صدر أولاً. ففي عقد البيع: إذا قال المشتري: اشتريت منك هذه البضاعة بكذا، وقال البائع: بعته لك بهذا الثمن، انعقد البيع، وكان الإيجاب ما صدر عن البائع، لأنه المملك، والقبول: ما صدر من المشتري، وإن صدر أولاً.

والواقع أن تسمية إحدى عبارتي العاقدين إيجاباً، والأخرى قبولاً هي تسمية اصطلاحية، ليس لها أثر يذكر، والأصل العام في الإيجاب أن يقع من البائع أولاً، ويقع القبول من المشتري ثانياً.

المطلب الثاني ــ عناصر العقد:

عناصر العقد: هي مقوماته الذاتية التي ينشأ بها العقد، ولا يتحقق إلا بوجودها، وهي أربعة: صيغة التعاقد، والعاقدان، ومحل العقد، وموضوع العقد.

العنصر الأول ــ صيغة العقد:

صيغة العقد: هي ما صدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه. وتعرف تلك الإرادة الباطنة بواسطة اللفظ أو القول أو ما يقوم مقامه

---

(١) عرفت المجلة في المادة (١٠٢) القبول بما يأتي: «القبول: ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يتم العقد».

(٢) شرح المنهج للأنصاري: ٢/ ١٨٠ وما بعدها، كشاف القناع: ٢/ ٣، غاية المنتهى: ٢/ ٣ ومابعدها، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه: ٣/ ٣.

من الفعل أو الإشارة أو الكتابة. وهذه الصيغة هي الإيجاب والقبول. وقد اتفقت الشرائع على أن مدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يدل على التراضي من كلا الجانبين بإنشاء التزام بينهما. وهذا هو ما يعرف بصيغة العقد عند فقهائنا. ويسمى عند القانونيين (التعبير عن الإرادة). والبحث فيها يكون ببيان أساليب الصيغة، وشروطها.

الفرع الأول ـ أساليب صيغة الإيجاب والقبول:

التعبير عن الإرادة العقدية الجازمة يكون بأي صيغة تدل عرفاً أو لغة على إنشاء العقد، سواء بالقول أو بالفعل أو بالإشارة أو بالكتابة، وقد نصت على هذه الأساليب المادة (١٧٣) و (١٧٤) من المجلة، كما نصت عليها المادة (١/٩٣) من القانون المدني السوري.

أولاً ـ اللفظ (أو القول):

اللفظ: هو الأداة الطبيعية الأصلية في التعبير عن الإرادة الخفية وهو الأكثر استعمالاً في العقود بين الناس لسهولته وقوة دلالته ووضوحه، فيلجأ إليه متى كان العاقد قادراً عليه، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان. ولا يشترط فيه عبارة خاصة، وإنما يصح بكل ما يدل على الرضا المتبادل بحسب أعراف الناس وعاداتهم؛ لأن الأصل في العقود هو الرضا، لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩/٤] وقوله عليه الصلاة والسلام: «إنما البيع عن تراض».

مادة اللفظ: وعليه فلا يشترط في العقود كالبيع والإيجار والرهن والهبة ونحوها لفظ معين أو عبارة مخصوصة، كأن يقول البائع: بعت بكذا، أو ملكته لك بكذا، أو أعطيته لك بكذا، أو وهبته بثمن كذا. ويقول المشتري: اشتريت، أو قبلت، أو رضيت، أو خذ الثمن وهات المبيع.

أما عقد الزواج فاختلف الفقهاء في شأن الألفاظ المستعملة فيه، نظراً لخطورته وقداسته.

فقال الحنفية والمالكية[١]: يصح انعقاد الزواج بكل لفظ يدل على تمليك العين في الحال، كالتزويج والنكاح والتمليك، والجعل، والهبة والعطية والصدقة، بشرط توافر النية أو القرينة الدالة على أن المراد باللفظ هو الزواج، وبشرط فهم الشهود للمقصود؛ لأن عقد الزواج كغيره من العقود التي تنشأ بتراضي العاقدين، فيصح بكل لفظ يدل على تراضيهما وإرادتهما. وقد ورد لفظ (الهبة) في القرآن الكريم دالاً على صحة استعماله لإبرام الزواج، كما ورد في السنة النبوية استعمال عبارة (التمليك).

أما الوارد في القرآن فقوله تعالى: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٣٣/ ٥٠][٢] الخصوصية للنبي ﷺفيقولهتعالى ﴿خَالِصَةً لَّكَ﴾ [الأحزاب: ٣٣/ ٥٠] ليست في انعقاد زواجه بلفظ «الهبة» وإنما في صحة زواجه بغير مهر.

وأما الوارد في السنة فقوله عليه السلام لخاطب من الصحابة يحفظ سوراً من القرآن: «ملّكتكها بما معك من القرآن»[٣].

ولا يصح الزواج بلفظ لا يفيد الملك كإجارة وإعارة ووصية ورهن ووديعة ونحوها، ولا بالألفاظ المصحفة مثل تجوزت.

وقال فقهاء الشافعية والحنابلة[٤]: يشترط لصحة عقد الزواج استعمال لفظي «زوج أو نكح» وما يشتق منهما لمن يفهم اللغة العربية. أما من لا يعرف اللغة العربية فيصح الزواج منه بالعبارة التي تؤدي الغرض المقصود، وتفهم هذا المعنى؛ لأن عقد الزواج له خطورة لوروده على المرأة وهي حرة، وشرع لأغراض سامية منها تكثير النسل وبقاء النوع الإنساني، وتكوين الأسر، ففيه معنى التعبد لله، بتكثير عباد الله الذين يعبدونه، مما يوجب علينا التزام ما ورد به الشرع، ولم يرد في

(١) فتح القدير: ٢/ ٣٤٦، الدر المختار ورد المحتار لابن عابدين: ٢/ ٣٦٨ ومابعدها، القوانين الفقهية: ص ١٩٥، الشرح الكبير للدردير: ٢/ ٢٢٠ ومابعدها، بداية المجتهد: ٢/ ١٦٨.
(٢) الأحزاب: ٥٠.
(٣) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد (نيل الأوطار: ٦/ ١٧٠).
(٤) مغني المحتاج: ٣/ ١٣٩، المغني: ٦/ ٥٣٢ ومابعدها.

القرآن الكريم إلا هذان اللفظان فقط وهما (النكاح والتزويج) وذلك في أكثر من عشرين آية: منها: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٤/٣] ومنها ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾ [الأحزاب: ٣٣/٣٧].

ويمكن أن يكون رأي الحنفية والمالكية أرجح، لأن الزواج كغيره من العقود، فيصح بكل لفظ ينبئ عن الرضا والإرادة.

صيغة اللفظ أو نوع الفعل:

اتفق الفقهاء على صحة انعقاد العقد **بالفعل الماضي**، لأن صيغته أدل على المراد وأقرب إلى تحقيق مقصود وهو إنشاؤها في الحال، فينعقد بها العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية أو القرينة، وقد تعارف الناس استعمال هذه الصيغة[١]، وأقرهم الإسلام عليها واستعملها الرسول ﷺ في جميع العقود، لإفادتها تنجيز العقد حالاً ودلالتها على الإرادة الجازمة وحدوث الشيء قطعاً من غيراحتمال معنى آخر، مثل بعت، واشتريت، ورهنت، ووهبت، وزوجت، وأعرت، وقبلت، ونحو ذلك.

واتفق الفقهاء أيضاً على الانعقاد **بصيغة المضارع** إذا توافرت نية الحال أو دلت القرينة على إرادة إنشاء العقد حالاً؛ لأن المضارع يدل على الحال والاستقبال، ففيه احتمال الوعد والمساومة، فكان لا بد من النية لتعيين المراد في الحال، وإنشاء العقد حالاً، مثل أبيع وأشتري وأزوجك وأقبل وأرضى.

وينعقد العقد **بالجملة الاسمية** على الأصح، مثل أنا بائع لك كذا، أو واهب لك كذا، فقال آخر: أنا قابل: أو قال: نعم.

واختلف الفقهاء في انعقاد العقد **بلفظ الأمر** الذي يعبر به عن المستقبل، مثل: بعني أو اشتر مني، أو آجرني، أو خذه بكذا.

فقال الحنفية[٢]: إن ماعدا عقد الزواج لا ينعقد عقده بلفظ الأمر، ولو نوى

---

(١) نصت المادة ١٦٨ من المجلة على ما يأتي: الإيجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلدة.

(٢) البدائع: ٥/ ١٣٣ ومابعدها، فتح القدير مع العناية: ٥/ ٧٥ وما بعدها، حاشية ابن عابدين: ٤/ ٩ وما بعدها، المجلة: م١٦٩-١٧٢.

ذلك، ما لم يقل القائل الآمر مرة أخرى في المثال السابق: اشتريت، أو بعت، أو استأجرت؛ لأن لفظ الأمر مجرد طلب وتكليف، فلا يكون قبولاً ولا إيجاباً. أو كانت العبارة تنبئ عن إيجاب أو قبول مقدر (مفهوم ضمناً) يقتضيه المعنى ويستلزمه كأن يقول المشتري: اشتريت منك هذا بكذا، فقال البائع: خذه، و الله يبارك لك، فكأنه قال: بعتك فخذه (المجلة: م ١٧٢).

وأما عقد الزواج فيصح بصيغة الأمر مثل: زوجيني نفسك، فقالت: زوجتك، أو قال الرجل لولي المرأة أو وكيلها: زوجني فلانة، فأجاب: زوجتك، لأن لفظ الأمر للمساومة، وعقد الزواج يسبق عادة بالخطبة، فلا يقصد بهذا الأمر الوعد والمساومة، وإنما المقصود به إنشاء العقد، لا مقدمات العقد وهي الخطبة، فيحمل على الإيجاب والقبول. أما غير الزواج كالبيع مثلاً، فإنه يحصل فجأة بدون مقدمات غالباً، فيكون الأمر فيه مساومة، عملاً بحقيقة لفظ الأمر، ويكون المراد به العدة أو المساومة، ولا يعدل عن المعنى الحقيقي للفظ إلى شيء آخر إلا بدليل، ولم يوجد الدليل في البيع، بخلاف الزواج، كما تقدم.

وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية[١]: ينعقد العقد بلفظ الأمر بدون حاجة للفظ ثالث من الآمر، سواء أكان بيعاً أم زواجاً؛ لأن أساس العقد هو التراضي، وقد جرى العرف على استعمال صيغة الأمر في إنشاء العقود كالماضي والمضارع، فينعقد بها العقد، ويكون الآمر أو المستدعي عاقداً فعلاً: بائعاً أو مشترياً مثلاً، وهذا الرأي هو الأرجح لما فيه من تحقيق مصالح الناس ومراعاة أعرافهم وعاداتهم دون مصادمة النصوص الشرعية.

واتفق الفقهاء على عدم انعقاد العقد بصيغة الاستقبال: وهي صيغة المضارع المقرون بالسين أو سوف مثل: سأبيعك؛ لأن ذكر السين يدل على إرادة العقد في المستقبل، فهو وعد بالعقد وليس عقداً، أي أنه يدل على عدم إرادة الحال، فلا ينعقد بها العقد، حتى ولو نوى بها العاقد الإيجاب والقبول.

---

(١) مواهب الجليل للحطاب: ٤/٢٢٨-٢٤٠، حاشية الدسوقي: ٣/٣ ومابعدها، بداية المجتهد: ٢/١٦٨، مغني المحتاج: ٢/ ٤-٥، المغني: ٣/ ٥٦٠.

كذلك لا ينعقد العقد بصيغة الاستفهام، لدلالتها على المستقبل، لأنها سؤال الإيجاب والقبول، وليست إيجاباً ولا قبولاً، كأن يقول المشتري: أتبيع مني هذا الشيء؟ فقال البائع: بعت، لا ينعقد العقد إلا إذا انضم لذلك لفظ ثالث يقوله المشتري مرة أخرى: اشتريت؛ لأن لفظ الاستفهام لا يستعمل للحال حقيقة.

ثانياً ـ التعاقد بالأفعال (العقد بالمعاطاة):

قد ينعقد العقد بدون قول أو لفظ، وإنما بفعل يصدر من المتعاقدين ويسمى في الفقه بالمعاطاة أو التعاطي أو المراوضة: وهو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول[1].

مثل أن يأخذ المشتري المبيع، ويدفع للبائع الثمن، أو يدفع البائع المبيع، فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة، سواء أكان المبيع حقيراً أم نفيساً.

ففي البيع لو وجد الرجل سلعة مسعرة كتب عليها الثمن كساعة أو حلي، فناول الثمن للبائع وأخذ السلعة دون إيجاب وقبول لفظيين، انعقد البيع لدلالته على التراضي في عرف الناس. كذلك ينعقد لو اقتصر المشتري على دفع عربون؛ لأنه جزء من الثمن.

وفي الإجارة: لو ركب الإنسان سيارة من وسائل النقل، ثم دفع ثمن التذكرة إلى الجابي دون كلام متبادل صح الإيجار عرفاً.

لكن الفقهاء اختلفوا في التعاقد بالتعاطي في العقود المالية على أقوال ثلاثة:

الأول ـ مذهب الحنفية[2] والحنابلة[3] : ينعقد العقد بالتعاطي فيما تعارفه الناس، سواء أكان الشيء يسيراً كالبيضة والرغيف والجريدة أم نفيساً (كثير الثمن) كالدار والأرض والسيارة؛ لأن تعارف الناس دليل ظاهر على التراضي، سواء تمت

---

(١) نصت المادة ١٧٥ من المجلة على ما يأتي: «حيث إن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين، فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، ويسمى هذا بيع التعاطي» وذكرت المادة أمثلة لذلك.

(٢) البدائع: ٥/ ١٣٤، فتح القدير: ٥/ ٧٧، الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ١١ ومابعدها.

(٣) غاية المنتهى: ٢/ ٥.

المبادلة الفعلية من الجانبين، أو من جانب واحد ومن الآخر اللفظ على الأصح المفتى به، وسواء في ذلك البيع والإجارة والإعارة والهبة والرجعة.

وذلك بشرط أن يكون ثمن المعقود عليه معلوماً تماماً، وإلا فسد العقد، وألا يصرح العاقد مع التعاطي بعدم الرضا بالعقد.

والقانون المدني السوري يتفق مع هذا الرأي، كما جاء في المادة (١/ ٩٣).

الثاني ــ مذهب مالك وأصل مذهب أحمد(١) : ينعقد العقد بالفعل أو بالتعاطي متى كان واضح الدلالة على الرضا، سواء تعارفه الناس أم لا، وهذا الرأي أوسع من سابقه وأيسر على الناس، فكل ما يدل على البيع أو الإجارة، أو الشركة أو الوكالة وسائر العقود الأخرى ما عدا الزواج ينعقد العقد به؛ لأن المعول عليه وجود ما يدل على إرادة المتعاقدين من إنشاء العقد وإبرامه والرضا به، وقد تعامل الناس به من عصر النبوة فما بعده. ولم ينقل عن النبي ﷺ وأصحابه الاقتصار على الإيجاب والقبول، ولا إنكار التعاطي، فكانت القرينة كافية على الدلالة على الرضا.

الثالث ــ مذهب الشافعية والشيعة والظاهرية(٢) : لا تنعقد العقود بالأفعال أو بالمعاطاة لعدم قوة دلالتها على التعاقد؛ لأن الرضا أمر خفي، لا دليل عليه إلا باللفظ، وأما الفعل فقد يحتمل غير المراد من العقد، فلا يعقد به العقد، وإنما يشترط أن يقع العقد بالألفاظ الصريحة أو الكنائية، أو ما يقوم مقامها عند الحاجة كالإشارة المفهمة أو الكتابة.

ونظراً لما يشتمل عليه هذا المذهب من تشدد وشكلية محدودة ومجافاة لمبدأ المرونة والسماحة واليسر، فقد اختار جماعة من الشافعية منهم النووي والبغوي والمتولي، صحة انعقاد بيع المعاطاة في كل ما يعده الناس بيعاً، لأنه لم يثبت اشتراط لفظ، فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة، وبعض الشافعية كابن سريج

---

(١) مواهب الجليل: ٤/ ٢٢٨ ومابعدها، الشرح الكبير: ٣/ ٣، بداية المجتهد: ٢/ ١٦١، المغني: ٣/ ٥٦١، فتاوى ابن تيمية: ٣/ ٢٦٧ ومابعدها.

(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٣ ومابعدها، المهذب: ١/ ٢٥٧، المختصر النافع في فقه الإمامية: ص١٤٢، المحلى لابن حزم: ٨/ ٤٠٤، المهذب: ١/ ٢٥٧.

والرُّوياني خصص جواز بيع المعاطاة بالمحقَّرات أي غير النفيسة: هي ما جرت العادة فيها بالمعاطاة كرطل خبز، أو رغيف، وحزمة بقل ونحوها[١].

عقد الزواج: وبغض النظر عن الاختلاف السابق في التعاقد بالمعاطاة، أجمع الفقهاء على أن الزواج لا ينعقد بالفعل، كإعطاء المهر مثلاً، بل لا بد من القول للقادر عليه؛ لأن عقد الزواج خطير مقدس له آثار دائمة على المرأة، فكان لا بد من الاحتياط له، وإتمامه بأقوى الدلالات على الإرادة: وهو القول، حفاظاً على كرامة المرأة ومستقبلها، وصوناً لها عن الابتذال، ولأن عقد الزواج يتطلب الإشهاد عليه، تمييزاً له عن السفاح أو الزنا، ولا يتمكن الشهود من معرفة عقد الزواج إلا بسماع لفظ الإيجاب والقبول[٢].

وكالزواج عند الإمام الشافعي: الطلاق والخلع والرجعة، لا تجوز إلا بالقول.

ثالثاً ـ التعاقد بالإشارة:

الإشارة إما من الناطق أو من الأخرس.

أ ـ إذا كان العاقد قادراً على النطق فلا ينعقد بإشارته، بل عليه أن يعبر عن إرادته بلسانه لفظاً أو كتابة؛ لأن الإشارة وإن دلت على الإرادة لا تفيد اليقين المستفاد من اللفظ أو الكتابة، فلا بد من العبارة، وإلا لم ينشأ العقد عند الحنفية والشافعية[٣].

لكن القانون المدني السوري وغيره في المادة (٩٣/١) أجاز انعقاد العقد بالإشارة المتداولة عرفاً، ولو كانت من الناطق، إذ لم يقيدها بالخرس. وهذا يتفق مع مذهب المالكية والحنابلة[٤] الذين يجيزون التعبير عن الإرادة من الناطق

---

(١) سيأتي بحثه في عقد البيع.

(٢) الدر المختار: ٢/ ٣٦٤ وتنص المادة ٥ من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يأتي: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين، وقبول من الآخر» والمادة ٦ تنص: «يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً».

(٣) البدائع: ٥/ ١٣٥، حاشية ابن عابدين: ٤/ ٩، نهاية المحتاج: ٣/ ١١.

(٤) الشرح الكبير: ٣/ ٣، المغني: ٥/ ٥٦٢.

بالإشارة المفهمة، لأنها أولى في الدلالة من الفعل الذي ينعقد به العقد، كما تقدم في المعاطاة.

ب ـ وأما العاقد العاجز عن النطق كالأخرس ومعتقل اللسان، فإن كان يحسن الكتابة فلا بد منها على الرواية الراجحة عند الحنفية؛ لأن الكتابة أبلغ في الدلالة وأبعد عن الاحتمال من الإشارة، فيلجأ إليها.

وإن كان لا يحسن الكتابة، وله إشارة مفهمة، فتقوم مقام النطق باللسان باتفاق الفقهاء للضرورة، حتى لايحرم من حق التعاقد، وعليه نصت القاعدة الفقهية: (الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان) (م.٧٠ من المجلة). هذا إذا كان الخرس أصلياً، بأن ولد أخرس، فأما إذا كان عارضاً بأن طرأ عليه الخرس، فلا تعتبر إشارته إلا إذا دام به الخرس حتى وقع اليأس من كلامه، وصارت الإشارة مفهومة، فيلحق بالأخرس الأصلي.

رابعاً ـ التعاقد بالكتابة:

يصح التعاقد بالكتابة بين طرفين، ناطقين أو عاجزين عن النطق، حاضرين في مجلس واحد، أو غائبين، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان، بشرط أن تكون الكتابة مستبينة (بأن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها) ومرسومة (مسطرة بالطريقة المعتادة بين الناس بذكر المرسل إليه وتوقيع المرسل)، فإذا كانت غير مستبينة كالرقم أو الكتابة على الماء أو في الهواء، أو غير مرسومة كالرسالة الخالية من التوقيع مثلاً، لم ينعقد بها العقد، وعليه نصت القاعدة الفقهية: (الكتاب كالخطاب) (م ٩٦ مجلة) وهذا رأي الحنفية والمالكية[١].

وذلك كأن يرسل شخص خطاباً لآخر يقول فيه: (بعتك سيارتي بكذا)، فإذا وصله الكتاب، فقال في مجلس قراءة الكتاب: قبلت، انعقد البيع. فإن ترك المجلس، أو صدر منه ما يدل على الإعراض عن الإيجاب، كان قبوله غير معتبر.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٤/ ١٠ ومابعدها، الشرح الكبير: ٣/٣، فتح القدير: ٥/ ٧٩، البدائع: ٥/ ١٣٧.

وفي حال إرسال رسول إلى آخر مثل إرسال الكتاب، يعتبر مجلس وصول الرسول هو مجلس العقد، فيلزم أن يقبل فيه، فإن قام من المجلس قبل أن يقبل انتهى مفعول الإيجاب. فالمعتبر هو مجلس بلوغ الرسالة أو الكتابة. وصورة الإرسال: أن يقول شخص: بعت لفلان كذا، فاذهب يا فلان وقل له، فذهب الرسول، فأخبره، فقبل المشتري في مجلسه ذلك صح العقد[١].

لكن عقد الزواج لا يصح انعقاده بالكتابة إذا كان العاقدان حاضرين في مجلس واحد، إلا حال العجز عن النطق كالخرس؛ لأن الزواج يشترط لصحته حضور الشهود وسماعهم كلام العاقدين، وهذا لا يتيسر في حال الكتابة.

وقيد الشافعية والحنابلة[٢] صحة التعاقد بالكتابة أو الرسالة فيما إذا كان العاقدان غائبين، أما في حال الحضور فلا حاجة إلى الكتابة؛ لأن العاقد قادر على النطق، فلا ينعقد العقد بغيره.

الفرع الثاني ـ شروط الإيجاب والقبول:

الشرط: ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون جزءاً خارجاً عن حقيقته. كالوضوء أو الطهارة للعبادات، لا تصح الصلاة بدون الطهارة، لكنها غير داخلة في تكوين الصلاة. وكالقدرة على التسليم في المعاملات لابد منها لانعقاد العقد، لكنها ليست جزءاً داخلاً في تكوين العقد. وبذلك يظهر أن الركن والشرط يتوقف عليهما وجود الشيء. إلا أن الركن داخل في حقيقة الشيء وجزء منه، أما الشرط فخارج عن الحقيقة ولا يعد جزءاً منها.

و اشترط الفقهاء لانعقاد العقد شروطاً ثلاثة في الإيجاب والقبول هي[٣]:

---

(١) نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة ٩٨: «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول...».

(٢) المهذب: ١/٢٥٧، غاية المنتهى: ٢/٤.

(٣) البدائع: ٥/١٣٦ ومابعدها، حاشية ابن عابدين: ٤/٥، فتح القدير: ٥/٨٠، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف: ص٦٩ ومابعدها، مغني المحتاج: ٢/٥ ومابعدها، حاشية الدسوقي: ٣/٥، غاية المنتهى: ٢/٤، نهاية المحتاج: ٣/٨-١٠.

١ - وضوح دلالة الإيجاب والقبول، أي أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين، بأن تكون مادة اللفظ المستعمل لهما في كل عقد تدل لغة أو عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين؛ لأن الإرادة الباطنة خفية، ولأن العقود يختلف بعضها عن بعض في موضوعها وأحكامها، فإذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قصدا عقداً بعينه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به.

ولا يشترط لهذه الدلالة لفظ أو شكل معين، فإن الشكلية في غير عقد الزواج والعقود العينية كالهبة والرهن غير مطلوبة فقهاً؛ لأن العبرة في العقود للمعاني، لا للألفاظ والمباني، فيصح البيع بلفظ الهبة بعوض، وينعقد الزواج بلفظ الهبة إذا اقترن بالمهر.

٢ - تطابق القبول والإيجاب: بأن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يرد على كل ما أوجبه الموجب وبما أوجبه، أي على كل محل العقد، ومقدار العوض في عقود المعاوضات، سواء أكانت الموافقة حقيقية، كما لو قال البائع: بعتك الشيء بعشرة، فيقول المشتري: اشتريته بعشرة، أو ضمنية، كما لو قال المشتري في المثال السابق: اشتريته بخمس عشرة. أو أن تقول المرأة: زوجتك نفسي بمئة، فيقول الزوج: قبلت الزواج بمئة وخمسين، فالتوافق متحقق ضمناً، وهذه المخالفة خير للموجب. لكن العقد لا يلزم إلا بالمقدار الذي وجهه الموجب أي مئة في المثال الأخير، وأما الزيادة فموقوفة على قبول الموجب في مجلس العقد، فإن قبل به الموجب لزم القابل؛ لأن المال لا يدخل في ملك إنسان بغير اختياره إلا في الميراث.

فإن لم يتطابق القبول مع الإيجاب، وحدثت مخالفة بينهما، لا ينعقد العقد، كأن خالف القابل في محل العقد، فقبل غيره، أو بعضه، مثل قول البائع: بعتك الأرض الفلانية، فيقول المشتري: قبلت شراء الأرض المجاورة لها، أو قبلت شراء نصفها بنصف الثمن المتفق عليه، فلا ينعقد العقد لمخالفته محل العقد، أو لتفرق الصفقة على البائع، والمشتري لا يملك تفريقها أي تجزئتها.

وإذا خالف في مقدار الثمن، فقبل بأقل مما ذكر البائع، لا ينعقد العقد أيضاً،

وكذا لو خالف في وصف الثمن لا في قدره، كأن أوجب البائع بثمن حال نقدي، فقبل المشتري بثمن مؤجل، أو أوجب بأجل إلى شهر معين، فقبل المشتري بأجل أبعد منه، لم ينعقد البيع في الحالتين، لعدم تطابق القبول مع الإيجاب، وحينئذ لابد من إيجاب جديد.

ويختلف القانون المدني مع الفقه الحنفي في حالة المخالفة إلى خيرللموجب، إذ يقرر القانونيون[١] أن العقد لا يتم، كما يفهم من صريح المادة (٩٧) مدني سوري «إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً» لكن يتفق ذلك مع ظاهر مذهب الشافعي[٢].

٣ - اتصال القبول بالإيجاب: بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد إن كان الطرفان حاضرين معاً، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب.

ويتحقق الاتصال بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر عن الآخر بأن يسمع الإيجاب ويفهمه، وبألا يصدر منه ما يدل على إعراضه عن العقد، سواء من الموجب أو من القابل.

ومجلس العقد: هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد. وبعبارة أخرى: اتحاد الكلام في موضوع التعاقد.

ويشترط لتحقيق معنى اتصال القبول بالإيجاب شروط ثلاثة هي[٣]:

أولها ـ أن يكونا في مجلس واحد، وثانيها ـ ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه، ثالثها ـ ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل الآخر.

الشرط الأول ـ أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول: فلا يجوز أن يكون الإيجاب في مجلس، والقبول في مجلس آخر؛ لأن الإيجاب لا يعد جزءاً من العقد إلا إذا التحق به القبول. فلو قال البائع: بعتك الدار بثمن كذا، أو آجرتك المنزل بأجرة كذا، ثم انتقل الموجب إلى مكان آخر بعيد عن مجلسه الأول بحوالي مترين أو

---

(١) الوسيط للسنهوري: ص ٢١٩ ومابعدها.

(٢) مغني المحتاج: ٦/٢.

(٣) الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة: ص ١٧٥، ط ٩٣٩.

ثلاثة، أو إلى غرفة أخرى، انتهى المجلس الأول، فإذا قبل القابل بعد هذا الانتقال لم ينعقد العقد، ويحتاج إلى إيجاب جديد؛ لأن الإيجاب كلام اعتباري لا بقاء له إذا لم ينضم إليه القبول في حال واحدة من المجلس.

وهل تشترط الفورية في القبول؟

قرر جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة[١]) أنه لا يشترط الفور في القبول، لأن القابل يحتاج إلى فترة للتأمل، فلو اشترط الفورية لا يمكنه التأمل، وإنما يكفي صدور القبول في مجلس واحد، ولو طال الوقت إلى آخر المجلس؛ لأن المجلس الواحد يجمع المتفرقات للضرورة، وفي اشتراط الفورية تضييق على القابل، أو تفويت للصفقة من غير مصلحة راجحة، فإن رفض فوراً، فتضيع عليه الصفقة، وإن قبل فوراً، فربما كان في العقد ضرر له، فيحتاج لفترة تأمل؛ للموازنة بين ما يأخذ أو يغنم وبين ما يعطي أو يغرم في سبيل العقد، وقدرت فترة التأمل بمدة مجلس العقد؛ لأن المجلس جامع للمتفرقات، فتعتبر ساعاته وحدة زمنية تيسيراً على الناس، ومنعاً للمضايقة والحرج، ودفعاً للضرر عن العاقدين قدر الإمكان.

وقد أخذ القانون المدني في المادة (٢/ ٩٥) بهذا الرأي، فلم يشترط الفورية في القبول، وصرح الأستاذ السنهوري بأن القانون أخذ هذا من الفقه الحنفي[٢].

وقال الرملي من الشافعية[٣]: يشترط أن يكون القبول فور الإيجاب، فلو تخلل لفظ أجنبي لا تعلق له بالعقد ولو يسيراً بأن لم يكن من مقتضاه ولا من مصالحه ولا من مستحباته، لا يتحقق الاتصال بين القبول والإيجاب، فلا ينعقد العقد. لكن لو قال المشتري بعد توجيه الإيجاب له: بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، قبلت، أي (الشراء) صح العقد.

---

(١) البدائع: ٥/ ١٣٧، فتح القدير: ٥/ ٧٨، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٥، الشرح الصغير: ٣ حاشية ص ١٧، غاية المنتهى: ٢/ ٤، مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٢٤٠، الشرح الكبير مع المغني: ٤/ ٤.

(٢) الوسيط للسنهوري: ص ٢١٥.

(٣) نهاية المحتاج: ٣/ ٨، مغني المحتاج: ٢/ ٦.

واتجاه الشافعية هذا متفق مع الأصل في القبول: وهو أن يتصل بالإيجاب مباشرة وفوراً لينعقد العقد، ويخفف تشدد هذا الرأي أخذ الشافعية بمبدأ خيار المجلس لكل من العاقدين بعد انعقاد العقد، والذي بمقتضاه يثبت لكل من العاقدين حق فسخ العقد ما داما في المجلس لم يفترقا عنه بأبدانهما.

هذا وقد فسر غير الرملي من الشافعية اتصال القبول بالإيجاب بأنه السائد عرفاً بين الناس، فلا يضر الفصل اليسير ويضر الطويل وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول. فيكون رأي الشافعية كغيرهم[١].

حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة

تمهيد:

تمكن أبناء العالم المعاصر من إنجاز كثير من معاملاتهم وعقودهم المالية بواسطة آلات الاتصال الحديثة، كالهاتف والبرقية واللاسلكي والتلكس والفاكس ونحوها، وأصبح ضرورياً معرفة كيفية إبرام تلك العقود من الناحية الشرعية، وهذا ما أبينه هنا بالاعتماد على ما كتبه فقهاؤنا وقرروه عند الكلام على صيغة العقد، وشروط الإيجاب والقبول، وشروط تحقيق معنى اتصال القبول بالإيجاب ليكون شطرا العقد في مجلس واحد.

وبما أن هذه المعلومات معروفة في الجامعات، فأكتفي بإيجازها هنا، لتكون مدخلاً للحكم على موضوع البحث.

صيغة العقد: هي ماصدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه. وتعرف تلك الإرادة الباطنة بواسطة اللفظ أو القول أو ما يقوم مقامه من الفعل (المعاطاة) أو الإشارة أو الكتابة. وهذه الصيغة هي الإيجاب والقبول الدالان على تراضي الجانبين بإنشاء التزام بينهما، وتسمى الصيغة عند القانونيين التعبير عن الإرادة.

---

(١) حاشية الباجوري على ابن قاسم الغزي: ١/ ٣٥٤، المجموع للنووي: ٩/ ١٧٩.

والتعبير عن الإرادة العقدية الجازمة يكون بأي صيغة تدل عرفاً أو لغة على إنشاء العقد، سواء بالقول أو بالفعل أو بالإشارة أو بالكتابة[١].

والقول أو اللفظ مثل بعت واشتريت، ورهنت وارتهنت، ووهبت وقبلت، وزوجت وتزوجت.

والفعل أو المعاطاة أو المراوضة: هو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول[٢]، كأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع الثمن للبائع دون كلام من كلا الطرفين أو من أحدهما، سواء أكان المبيع حقيراً بسيطاً أم نفيساً. وهذا جائز عند جمهور العلماء غير الشافعية، لتعارفه بين الناس، لكن عقد الزواج بالإجماع لا ينعقد ولا يصح بالفعل أو بالمعاطاة كإعطاء المهر مثلاً، بل لا بدّ فيه من النطق بالإيجاب والقبول، لخطورته وأهميته، وتأثيره الدائم على المرأة، وحفاظاً على حرمات الأعراض المصونة شرعاً.

ويجوز انعقاد العقد بإشارة الأخرس أو معتقل اللسان المفهومة باتفاق الفقهاء للضرورة، حتى لا يحرم من حق التعاقد، لذا نصت القاعدة الفقهية: «الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان» (المجلة: م ٧٠). وأجاز فقهاء المالكية والحنابلة التعبير عن الإرادة من الناطق بالإشارة المفهمة المتداولة عرفاً، لأنها أولى في الدلالة من الفعل الذي ينعقد به العقد، كما في المعاطاة[٣].

ويصح التعاقد بالكتابة بين طرفين في رأي الحنفية والمالكية سواء أكانا ناطقين أم عاجزين عن النطق، حاضرين في مجلس واحد أم غائبين، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان، بشرط أن تكون الكتابة مستبينة (بأن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها) ومرسومة (مسطرة بالطريقة المعتادة بين الناس بذكر المرسل إليه وتوقيع المرسل) فإذا كانت غير مستبينة كالكتابة على الماء أو في الهواء، أو غير مرسومة كالرسالة الخالية من التوقيع مثلاً، لم ينعقد بها العقد[٤]، وعليه نصت القاعدة الفقهية:

---

(١) مجلة الأحكام العدلية (م ١٧٣، ١٧٤).

(٢) المجلة (م ١٧٥).

(٣) الشرح الكبير للدردير: ٣/٣، المغني: ٥/٥٦٢.

(٤) الدر المختار ورد المحتار لابن عابدين: ٤/١٠ وما بعدها، فتح القدير: ٥/٧٩، البدائع: ٥/١٣٧، الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي: ٣/٣.

(الكتاب كالخطاب) (المجلة: م ٩٦). مثل أن يرسل شخص خطاباً لآخر يقول فيه: (بعتك سيارتي بكذا) فإذا وصله الكتاب، وقال في مجلس قراءة الكتاب: قبلت، انعقد البيع. أما إن ترك المجلس أو صدر منه ما يدل على الإعراض عن الإيجاب، كان قبوله غير معتبر.

وإرسال رسول إلى آخر حامل مضمون الإيجاب مثل إرسال الكتاب، ويعتبر مجلس وصول الرسول هو مجلس العقد، فيلتزم أن يقبل فيه، فإن قام من المجلس قبل أن يقبل، انتهى مفعول الإيجاب، ويكون المعول عليه هو مجلس بلوغ الرسالة أو الكتابة، كأن يقول شخص: بعت لفلان كذا، فاذهب يا فلان وقل له هذا، فذهب فأخبره، فقبل المشتري في مجلسه ذلك، صح العقد.

ومهمة الرسول أضعف من مهمة الوكيل، لأن الرسول مجرد مفوض بنقل تعبير المرسل دون زيادة أو نقصان، أما الوكيل فإنه يتولى إبرام العقد بعبارته، ولا يتقيد في الوكالة المطلقة إلا بالمعتاد المتعارف عليه، أما في الوكالة المقيدة بمكان أو زمان أو شخص أو محل معقود عليه أو بدل عقدي فيتم التعاقد بين الوكيل والقابل بعبارة الوكيل المقيدة بقيود الوكالة، وتعود حقوق العقد أي الالتزامات إلى الوكيل بعكس الرسول لا يتحمل شيئاً منها، أما حكم العقد الأصلي أي نقل الملكية فيعود إلى الموكل والمرسل على السواء.

ولا ينعقد عقد الزواج بالكتابة إذا كان العاقدان حاضرين في مجلس واحد، إلا في حال العجز عن النطق كالخرس، لأن الزواج يشترط لصحته حضور الشهود العدول وسماعهم كلام العاقدين، وهذا لا يتيسر في حال الكتابة.

وقيد الشافعية والحنابلة صحة التعاقد مطلقاً بالكتابة أو الرسالة فيما إذا كان العاقدان غائبين، أما في حال الحضور فلا حاجة إلى الكتابة، لأن العاقد قادر على النطق، فلا ينعقد العقد بغيره[1].

---

(١) المهذب: ١/٢٥٧، غاية المنتهى: ٢/٤.

كيفية إبرام التعاقد بالهاتف واللاسلكي ونحوهما من وسائل الاتصال الحديثة

ليس المراد من اتحاد المجلس المطلوب في كل عقد كما بينا كون المتعاقدين في مكان واحد، لأنه قد يكون مكان أحدهما غير مكان الآخر، إذا وجد بينهما واسطة اتصال، كالتعاقد بالهاتف أو اللاسلكي أو بالمراسلة (الكتابة) وإنما المراد باتحاد المجلس: اتحاد الزمن أو الوقت الذي يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد، فمجلس العقد: هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد[١]، وعن هذا قال الفقهاء «إن المجلس يجمع المتفرقات»[٢].

وعلى هذا يكون مجلس العقد في المكالمة الهاتفية أو اللاسلكية: هو زمن الاتصال ما دام الكلام في شأن العقد، فإن انتقل المتحدثان إلى حديث آخر انتهى المجلس.

ومجلس التعاقد بإرسال رسول أو بتوجيه خطاب أو بالبرقية أو التلكس أو الفاكس ونحوها: هو مجلس تبليغ الرسالة، أو وصول الخطاب أو البرقية أو إشعار التلكس والفاكس، لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل، فكأنه حضر بنفسه وخوطب بالإيجاب فقبل، في المجلس. فإن تأخر القبول إلى مجلس ثان، لم ينعقد العقد. وبه تبين أن مجلس التعاقد بين حاضرين: هو محل صدور الإيجاب، ومجلس التعاقد بين غائبين: هو محل وصول الكتاب أو تبليغ الرسالة، أو المحادثة الهاتفية.

لكن للمرسل أو للكاتب أن يرجع عن إيجابه أمام شهود، بشرط أن يكون قبل قبول الآخر ووصول الرسالة أو الخطاب ونحوه من الإبراق والتلكس والفاكس. ويرى جمهور المالكية أنه ليس للموجب الرجوع قبل أن يترك فرصة للقابل يقرر العرف مداها، كما تقدم.

---

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء: ف ١٧١.

(٢) البدائع: ٥/ ١٣٧.

هذا وإن بقية شروط الإيجاب والقبول عدا اتحاد المجلس لا بد من توافرها في وسائط الاتصال الحديثة.

زمن إتمام العقد في التعاقد بين غائبين:

أجمع الفقهاء على أن العقد ينعقد بين الغائبين كما في آلات الاتصال الحديثة بمجرد إعلان القبول، ولا يشترط العلم بالقبول بالنسبة للطرف الموجب الذي وجه الإيجاب[١].

فلو كان المتعاقدان يتحدثان بالهاتف أو بالاسلكي، وقال أحدهما للآخر: بعتك الدار أو السيارة الفلانية، وقال الآخر: قبلت، انعقد العقد، بمجرد إعلان القبول، ولو لم يعلم الموجب بالقبول، بأن انقطع الاتصال بينهما.

ولو وجّه أحد العاقدين خطاباً أو برقية إلى آخر أو تلكساً أو فاكساً، وفيها إيجاب ببيع شيء، أو بإبرام عقد زواج، انعقد العقد بعد وصول البرقية أو الخطاب ونحوهما، وإعلان الآخر قبوله، دون حاجة إلى علم الموجب أو سماعه بالقبول.

لكن إبعاداً لكل لبس أو غموض، وتمكيناً من إثبات العقد، وتأكيداً لإبرامه، جرى العرف الحاضر في التلكس مثلاً ونحوه على إرسال تلكس العرض، ثم تلكس القبول، ثم تلكس البيع، وساعد على ترسيخ هذا العرف ما تنص عليه بعض القوانين الوضعية كالقانون المدني المصري، فإنه نص على ما يلي:

في التعاقد بين حاضرين: تنص المادة (٩١) على أن **«التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك»** واشتراط السماع أو العلم بالقبول حتى بين الحاضرين أخذ به بعض فقهاء الحنفية مثل النسفي وابن كمال باشا.

وفي التعاقد بين غائبين: تنص المادة (٩٧) على ما يلي: **«يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول»**.

---

(١) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي للدكتور وحيد سوار: ص ١١٨، طبع الجزائر.

وأرى الأخذ بضرورة العلم بالقبول بالنسبة للموجب في التعاقد بين غائبين بسبب تقدم وسائل الاتصال الحديثة وتعقد المعاملات، وتحقيقاً لاستقرار التعامل ومنعاً لإيقاع الموجب في القلق، وتمكيناً من إثبات العقد وإلزام القابل، فإن جهل الموجب بالقبول يوقعه في حرج شديد، وهذا رأي الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري[١].

التعاقد حالة المشي أو الركوب:

إذا تعاقد شخصان على ظهر سفينة أو متن طائرة، أو في قطار أو سيارة، انعقد العقد، سواء أكانت هذه الوسائل واقفة أم ماشية؛ لأن الشخص لا يستطيع إيقاف تلك الوسائل، فاعتبر مجلس العقد فيها مجلساً واحداً، مما يؤكد أن المقصود من اتحاد المجلس اتحاد الزمان وليس الاتحاد المكاني المادي.

لكن إذا كان العاقدان ماشيين على الأقدام، أو راكبين دابة واحدة أو دابتين، فقد تشدد الحنفية في تصور المجلس، فقالا: إذا تم القبول متصلاً بالإيجاب، انعقد العقد، حتى ولو مشيا خطوة واحدة، أو خطوتين. فإن مشيا خطوات ثلاثاً فأكثر، ثم حدث القبول، لم ينعقد العقد؛ لأن العاقدين يستطيعان الوقوف، أو إيقاف الدابة لمداولة العقد، فإن سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول. ويجعل السير دليلاً على الإعراض عن العقد[٢].

وهذا ما حدا بالدكتور السنهوري إلى القول بأن نصوص المذهب الحنفي أغرقت في تصوير مجلس العقد تصويراً مادياً لا سبيل إلى مجاراتها فيه[٣].

الشرط الثاني ــ ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه عن العقد: بأن يكون الكلام في موضوع العقد، وألا يتخلله فصل بكلام أجنبي يعد قرينة على الإعراض عن العقد.

---

(١) مصادر الحق: ٢/ ٥٧.
(٢) البدائع: ٢/ ٢٣٢، و٥/ ١٣٧، فتح القدير: ٥/ ٧٨-٨٠.
(٣) مصادر الحق للسنهوري: ٢/ ٧.

فإن ترك الموجب مجلس العقد قبل قبول الآخر، أو ترك الطرف الآخر المجلس بعد صدور الإيجاب، أو انشغل الطرفان في موضوع آخر لا صلة له بالعقد، بطل الإيجاب. ولو قبل الآخر حينئذ لا يعتبر قبوله متمماً للعقد؛ لأن الإيجاب ذهب ولم يبق له وجود، إذا لم يتعانق مع القبول، وسبب ذهابه أنه كلام اعتباري لا بقاء له إذا لم يتصل بالقبول، ويجعل باقياً مدة المجلس من باب التيسير على الطرفين ودفع العسر عنهما ليمكن تلاقي القبول به، وانعقاد العقد.

متى يصير المجلس قد تغير؟

العرف الشائع بين الناس هو المحكم في بيان اتحاد المجلس أو تغيره، فإذا صدر القبول في حال اتحاد المجلس، نشأ العقد، وإذا صدر القبول بعد تغير المجلس لم يعتبر ولم ينشأ به العقد. وضابط ذلك أن القبول يكون معتبراً ما دام لم يتخلل بينه وبين الإيجاب ما يعد إعراضاً عن العقد من أحد الطرفين، وما دام المجلس قائماً[١].

وتحقيق هذا المبدأ عند الحنفية[٢]: أنه لو أوجب أحد الطرفين البيع، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثم قبل، لا ينعقد العقد؛ لأن القيام دليل الإعراض والرجوع عن العقد.

والاحتكام إلى العرف في بيان ما يغير المجلس متفق عليه بين المذاهب[٣] حتى عند بعض الشافعية القائلين بفورية القبول؛ لأن الفورية شيء، والحكم بتغير المجلس شيء آخر، فإنهم قالوا: يعتبر العرف في تفرق العاقدين عن المجلس، فما يعده الناس تفرقاً يلزم به العقد، وما لا فلا؛ لأن ما ليس له حد في اللغة ولا في الشرع، يرجع فيه إلى العرف، فلو كان العاقدان في دار كبيرة يتغير

---

(١) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى: ص ٢٥٩.

(٢) البدائع: ٥/ ١٣٧، فتح القدير والهداية: ٥/ ٧٨ و ٨٠.

(٣) مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٢٤٠ ومابعدها، المجموع للنووي: ٩/ ٢٠١، مغني المحتاج: ٢/ ٤٥، المحلي على المنهاج: ٢/ ١٩١، الباجوري على ابن قاسم: ١/ ٣٦٠، غاية المنتهى: ٢/ ٤.

المجلس بالخروج من البيت إلى صحن الدار، أو بالعكس، وإن كانا في دار صغيرة أو في سفينة أو مسجد صغير يتغير المجلس بخروج أحدهما منه، أوبصعود السطح، وإن كانا في سوق أوصحراء يتغير المجلس بأن يولي أحدهما ظهره ويمشي قليلاً كثلاث خطوات. ولو تناديا بالعقد من مكان بعيد، بقي المجلس ما لم يفارق أحدهما مكانه، فإن مشى كل منهما ولو إلى صاحبه، تغير المجلس. ولو تماشى الطرفان مسافة دام المجلس، وإن زادت المدة على ثلاثة أيام ما لم يعرضا عما يتعلق بالعقد.

الشرط الثالث ـ ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل:

لا بد لانعقاد العقد من استمرار الموجب على إيجابه الذي وجهه للقابل، فإن عدل عن إيجابه، لم يصح القبول.

وهل يصح العدول عن الإيجاب في مجلس العقد؟

أجاب جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة)[١] بأنه للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر، ويبطل الإيجاب حينئذ؛ لأن الالتزام بالعقد لم ينشأ بعد، ولا ينشأ إلا بارتباط القبول بالإيجاب، ولأن الموجب حر التصرف بملكه وحقوقه، وبإيجابه أثبت للطرف الآخر حق التملك، وحق الملك أقوى من حق التملك، فيقدم عليه عند التعارض؛ لأن الأول ثابت لصاحبه أصالة والثاني لا يثبت إلا برضا الطرف الأول، والتراضي بين الجانبين أساسي لصحة العقود.

والقانون المدني في المادة (٩٥) يتفق مع هذا الرأي، فإنه إذا لم يتعين ميعاد للقبول يجوز للموجب التحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً.

وقال أكثرية المالكية[٢]: ليس للموجب الرجوع عن إيجابه، وإنما يلتزم بالبقاء على إيجابه حتى يعرض الطرف الآخر عنه، أو ينتهي المجلس؛ لأن الموجب قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك، فله استعماله وله رفضه، فإذا قبل ثبت

---

(١) البدائع: ٥/ ١٣٤، مغني المحتاج: ٢/ ٤٣، غاية المنتهى: ٢/ ٢٩.

(٢) مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٢٤١.

العقد، وإذا أعرض عن الإيجاب لم ينشأ العقد. وعليه لا يكون الرجوع مبطلاً للإيجاب.

تعيين مدة للقبول: إذا حدد الموجب للطرف الآخر مدة للقبول، فيلتزم بها عند فقهاء المالكية؛ لأنهم قالوا كما تقدم: ليس للموجب الرجوع عن إيجابه قبل قبول الآخر، فيكون من باب أولى ملتزماً بالبقاء على إيجابه إذا عين ميعاداً للقبول كأن يقول: أنا على إيجابي مدة يومين مثلاً، فيلزمه هذا التقييد ولو انتهى المجلس. وهذا يتفق مع المبدأ العام في الشريعة وهو «المسلمون على شروطهم»[١]، ومثل هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد.

والقانون المدني في المادة (٩٤) يقرر ذلك: «إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال، أو من طبيعة التعامل».

العقود التي لا يشترط فيها اتحاد المجلس:

اتحاد المجلس شرط في جميع العقود ما عدا ثلاثة: الوصية، والإيصاء، والوكالة.

أما الوصية (وهي تصرف مضاف إلى مابعد الموت): فيستحيل فيها تحقق اتحاد المجلس؛ لأن القبول لا يصح من الموصى له في حال حياة الموصي، وإنما يكون بعد وفاته مصراً على الوصية.

وأما الإيصاء (وهو جعل الغير وصياً على أولاده ليرعى شؤونهم بعد وفاته): فلا يلزم صدور القبول في حياة الموصي، وإنما يصح بعد وفاته، وعلى كل حال لا يصبح وصياً إلا بعد وفاة الموصي، وإن قبل في حياته.

وأما الوكالة (وهي تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل في أثناء الحياة) فمبنية على التوسعة واليسر والسماحة، فلا يشترط فيها اتحاد المجلس؛ لأن قبولها قد

---

(١) هو حديث نبوي رواه الترمذي عن عمرو بن عوف، وقال: هذا حديث حسن صحيح (نيل الأوطار: ٥/ ٢٥٤).

يكون باللفظ (القول)، أو بالفعل بأن يشرع الوكيل في فعل ما وكل فيه، ويصح فيها توكيل الغائب (أي غير الموجود في مجلس العقد)، فبمجرد علمه بالتوكيل له القيام بالعمل الموكل فيه[١].

وكالوكالة عند الحنابلة: كل عقد جائز غير لازم يصح القبول فيه على التراخي، مثل الشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة، والوديعة والجعالة.

مبطلات الإيجاب: يبطل الإيجاب بالأمور التالية[٢]:

١ - رجوع الموجب عنه قبل القبول في المجلس، على رأي الجمهور.

٢ - رفض الإيجاب من الطرف الآخر، إما صراحة كأن يقول: لا أقبل، أو ضمناً كأن يعرض عنه إما بالقيام عن المجلس بعد القعود، أو بالاشتغال بعمل آخر كأكل، أو سماع حديث آخر، أو قراءة خبر صحفي ونحوه.

٣ - انتهاء مجلس العقد، بتفرق العاقدين عرفاً؛ لأن الإيجاب يظل قائماً في المجلس، فلما انتهى بطل مفعوله، لأن المجلس يجمع المتفرقات.

٤ - خروج الموجب عن أهليته قبل القبول بالموت أو بالجنون أو بالإغماء ونحوه وكذا فقد القابل أهليته بهذه الأسباب؛ لأن انعقاد العقد يتوقف على توافر الأهلية، فإذا فقدت لم ينعقد العقد، لاحتمال وجود الرجوع عن الإيجاب، أو لعدم فهم القبول، أو لعدم صدور قبول معتبر شرعاً.

٥ - هلاك محل العقد قبل القبول، أو تغيره بما يصيره شيئاً آخر، مثل قلع عين حيوان، أو انقلاب عصير العنب خمراً، ونحو ذلك.

---

(١) البدائع: ٦/ ٢٠ ومابعدها، القوانين الفقهية: ص ٣٢٨، نهاية المحتاج: ٤/ ٢١، مغني المحتاج: ٢/ ٢٢٢، غاية المنتهى: ٢/ ١٤٧.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٢١، فتح القدير: ٥/ ٨٠ ومابعدها، الشرح الكبير: ٣/ ٥، مغني المحتاج: ٢/ ٦، غاية المنتهى: ٢/ ٥.

العنصر الثاني ـــ العاقد:

الإيجاب والقبول اللذان يكونان ركن العقد كما تقدم، لا يتصور وجودهما من غير عاقد، فالعاقد ركيزة التعاقد الأصلية. لكن ليس كل واحد صالحاً لإبرام العقود، فبعض الناس لا يصلح لأي عقد، وبعضهم يصلح لإنشاء بعض العقود، وآخرون صالحون لكل عقد.

وهذا يعني أن العاقد لا بد له من أهلية للتعاقد بالأصالة عن نفسه، أو ولاية شرعية للتعاقد بالنيابة عن غيره.

ويستلزم ذلك بحث الأهلية والولاية، لكن بقدر إجمالي، وأما تفصيل أحكام الأهلية والولاية فمتروك لكتب الفقه والأصول[١] المطولة، ولمادة الأحوال الشخصية ومدخل القانون، إذ إن نصوص الأهلية والولاية موزعة بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني السوريين.

والذي يهمنا من بحث الأهلية أن العاقد يشترط فيه عند الحنفية والمالكية[٢]: أن يكون عاقلاً أي مميزاً أتم سن السابعة[٣]، فلا ينعقد تصرف غير المميز لصغر أو إغماء أو جنون، وتصح تصرفات الصبي المميز[٤] المالية على التفصيل الآتي (راجع المادة (٩٦٧) من المجلة):

أ ـ التصرفات النافعة نفعاً محضاً: وهي التي يترتب عليها دخول شيء في ملكه من غير مقابل، كالاحتطاب، والاحتشاش والاصطياد، وقبول الهبة والصدقة والوصية والكفالة بالدين، تصح من الصبي المميز دون إذن ولا إجازة من الولي، لأنها لنفعه التام.

---

(١) راجع كتب الأصول وكتابي أصول الفقه الإسلامي: ١/ ١٦٣ ومابعدها، ط دار الفكر.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٥، الشرح الكبير: ٣/ ٥.

(٣) المميز: هو الذي إذا كلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه وأحسن الجواب عنه.

(٤) اشترط الشافعية والحنابلة لانعقاد العقود: الرشد وهو البلوغ مع العقل، وصلاح الدين والمال، فلا يصح التصرف من صبي ولا مجنون ولا من محجور عليه بسفه أي تبذير المال. واستثنى الحنابلة شراء الشيء اليسير وتصرف الصبي بإذن وليه (مغني المحتاج: ٢/ ٧، غاية المنتهى: ٢/ ٥).

ب ـ التصرفات الضارة ضرراً محضاً: وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه دون مقابل، كالطلاق والهبة والصدقة والإقراض وكفالته لغيره بالدين أو بالنفس لا تصح من الصبي العاقل ولا تنفذ، ولو أجازها وليه؛ لأن الولي لا يملك إجازة هذه التصرفات لما فيها من الضرر.

ج ـ التصرفات المترددة بين الضرر والنفع: وهي التي تحتمل الربح والخسارة كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والزواج والمزارعة والمساقاة والشركات ونحوها، تصح من الصبي المميز، ولكنها تكون موقوفة على إذن الولي أو إجازته مادام صغيراً أو على إجازته لنفسه بعد البلوغ؛ لأن للمميز جانباً من الإدراك غير قليل[١]. فإن أجيزت نفذت، وإلا بطلت، والإجازة تجبر نقص الأهلية.

والأشخاص بالنسبة للأهلية: إما عديم الأهلية وغير المميز فتعد تصرفاتهما باطلة، أو ناقص الأهلية كالصبي المميز فيصح بعض تصرفاته، ويبطل بعضها الآخر، ويتوقف بعضها على الإجازة على التفصيل السابق، أو كامل الأهلية وهو الراشد الذي تصح منه كل التصرفات وتنفذ ما لم يكن محجوراً عليه بسبب السفه أو الدين، أو كان ممنوعاً من التصرف بسبب مرض الموت أو الفقد أو الغياب. وكل ذلك يضطرنا إلى بحث الأهلية والولاية.

وبه تعرف أحكام الأهلية إجمالاً علماً بأن القانون المدني استمد أحكامها من الفقه الإسلامي وذلك في المواد (٤٦-٥٠) وقد اعتبر القانون أحكام الأهلية من قواعد النظام العام التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، فكل اتفاق مخالف لأحكامها باطل، ولا يجوز للشخص التنازل عن أهليته ولا التعديل في أحكامها (المادة ٥٠).

أولاً ـ الأهلية:

الأهلية في اللغة: الصلاحية، وفي اصطلاح الفقهاء: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه، وصحة التصرفات منه. وهي نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء[٢].

---

(١) التلويح على التوضيح: ٢/ ١٦٥ ومابعدها.

(٢) مرآة الأصول: ٢/ ٤٣٥، التقرير والتحبير: ٢/ ١٦٤، كشف الأسرار على أصول البزدوي ص ١٣٥٧، حاشية نسمات الأسحار: ص ٢٧٢.

أ ـ **أهلية الوجوب**: هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، أو هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له كاستحقاق قيمة المتلف من ماله، أو وجوبها عليه كالتزامه بثمن المبيع وعوض القرض، أي أن لهذه الأهلية عنصرين:

عنصر إيجابي: وهو صلاحية كسب الحقوق بأن يكون دائناً، وهو عنصر الإلزام أو الدائنية.

وعنصر سلبي: وهو صلاحية تحمل الواجبات أو الالتزامات بأن يكون مديناً، وهو عنصر الالتزام أو المديونية.

ومناط هذه الأهلية: هو الحياة أو الصفة الإنسانية[1]، فكل إنسان حتى الجنين في بطن أمه له أهلية وجوب، والأهلية تبدأ في الفقه مع بدء الشخصية، فهي ملازمة للشخصية، وصفة من صفات الشخصية. والشخصية تبدأ في فقهنا منذ بدء تكون الجنين في الرحم وتنتهي بالموت.

وفي القانون المدني تبدأ بتمام ولادة الإنسان حياً، وتنتهي بموته (م ٣١).

والعنصر السلبي للأهلية (أي المديونية) يتطلب وجود شيء آخر في الشخصية وهو الذمة: وهي وصف شرعي مقدر كوعاء اعتباري في الشخص تثبت فيه الديون والالتزامات المترتبة عليه.

وبناء عليه: يتوقف ثبوت الحق للشخص على وجود أهلية فيه. وأما ثبوت الديون عليه فيتوقف على وجود ظرف اعتباري مفترض في كل شخص هو الذمة.

فيقال: لفلان في ذمة فلان مبلغ مالي كذا[2].

وأهلية الوجوب نوعان: ناقصة وكاملة.

أهلية الوجوب الناقصة: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط أي تؤهله للإلزام ليكون دائناً لا مديناً. وتثبت للجنين في بطن أمه قبل الولادة. وسبب نقص أهليته أمران: فهو من جهة يعد جزءاً من أمه، ومن جهة أخرى يعد إنساناً مستقلاً

---

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء: ف ٤٠٨.

(٢) المرجع السابق: ف ٤١٠،مدخل نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ الزرقاء أيضاً: ف ١١٨ ومابعدها.

عن أمه، متهيئاً للانفصال عنها بعد تمام تكوينه. لذا فإنه تثبت له بعض الحقوق الضرورية النافعة له: وهي التي لا تحتاج إلى قبول، وهي أربعة أنواع[١]:

١ - النسب من أبويه.

٢ - الميراث من قريبه المورث، فيوقف له أكبر النصيبين على تقدير كونه ذكراً أو أنثى.

٣ - استحقاق الوصية الموصى له بها.

٤ - استحقاقه حصته من غلات الوقف الموقوفة عليه.

لكن الحقوق المالية الثلاثة الأخيرة ليست للجنين فيهاملكية نافذة في الحال بل تتوقف على ولادته حياً. فإن ولد حياً ثبتت له ملكية مستندة إلى وقت وجود سببها أي بأثر رجعي. وإن ولد ميتاً رد نصيبه إلى أصحابه المستحقين له. فغلة الوقف تعطى لبقية المستحقين، والموصى به يرد إلى ورثة الموصي، وحصة الميراث المجمدة له توزع لبقية الورثة. وثبوت الحق للجنين في الوقف هو رأي الحنفية والمالكية، أما رأي الشافعية والحنابلة فلا يثبت له حق التملك إلا بالإرث والوصية، فلا يصح عندهم الوقف على الجنين، لأنه يشترط إمكان التملك في الحال وهو لا يتملك.

أما الحقوق التي تحتاج إلى قبول كالشراء والهبة فلا تثبت له، ولو مارسها عنه وليه (الأب أو الجد) إذ ليس له ضرورة بها، ولأن الشراء له يلزمه بالثمن وهو ليس أهلاً للالتزام.

وأما الواجبات أو الالتزامات لغيره فلا تلزمه، كنفقة أقاربه المحتاجين[٢].

والخلاصة: إن الجنين له ذمة ناقصة تؤهله لاكتساب بعض الحقوق فقط، وليست له ذمة كاملة صالحة لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات.

---

(١) كشف الأسرار على أصول البزدوي: ص ١٣٥٩ ومابعدها، القواعد لابن رجب الحنبلي: ص ١٧٨ ومابعدها.

(٢) قرر فقهاء الحنابلة إيجاب نفقة الأقارب على الحمل من ماله (القواعد لابن رجب: ص١٨١).

١- **أهلية الوجوب الكاملة**: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له، وتحمل الواجبات (أو الالتزامات). وتثبت للشخص منذ ولادته حياً، دون أن تفارقه في جميع أدوار حياته، فيصلح لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات. ولا يوجد إنسان فاقد لهذه الأهلية.

وتحديد وجود الولادة: فيه رأيان للفقهاء، قال الحنفية[١]: تثبت أهلية الوجوب بمجرد ظهور أكثر الجنين حياً. وقال غير الحنفية[٢]: لا تثبت هذه الأهلية إلا بتمام ولادة الجنين حياً. وبهذا الرأي أخذ القانون المدني السوري (م ١٣) وقانون الأحوال الشخصية السوري (م ١/٢٣٦، ٢/ ٢٦٠).

وأما الحقوق الثابتة للطفل بعد الولادة: فهي التي تحصل له نتيجة التصرف الذي يمكن للولي أو الوصي أن يمارسه بالنيابة عنه، كتملك ما يشترى له أو يوهب له.

وأما الالتزامات الواجبة على الطفل فهي كل ما يستطاع أداؤه عنه من ماله، سواء من حقوق العباد أو من حقوق الله، وهي:

(١)- الأعواض المالية في الأفعال المدنية كثمن المشتريات وأجرة الدار، أو في الأفعال الجنائية كتعويض المتلفات التي يتلفها من أموال الآخرين.

(٢)- والضرائب المالية للدولة كعشر الزرع وخراج الأرض (ضريبة الأراضي الزراعية) وضريبة ورسوم الجمارك والمباني وضريبة الدخل ونحوها.

(٣)- والصلات الاجتماعية المنوطة بالغنى كنفقة الأقارب والمعسرين وزكاة الفطر في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف[٣]. وزكاة المال في رأي جمهور الفقهاء غير الحنفية[٤]، رعاية لمصلحة الفقراء والمحتاجين والمجتمع بصفة عامة، وهو رأي أقوم وأفضل وأحق بالعمل، لاسيما في ظروفنا الحاضرة.

---

(١) شرح السراجية: ص ٢١٦ وما بعدها.
(٢) المغني: ٣١٦/٦ ومابعدها.
(٣) التلويح على التوضيح: ١٦٣/٢ ومابعدها، ط صبيح، كشف الأسرار: ص ١٣٦ومابعدها.
(٤) بداية المجتهد: ٢٣٦/١ ومابعدها، ط الاستقامة.

وأما الحنفية فلم يوجبوا الزكاة في مال الصبي لأنهم اعتبروها عبادة مالية، والطفل لا يكلف بالتكاليف الدينية إلا بعد البلوغ.

ويلاحظ أن أهلية الوجوب، ولو كانت كاملة **ليس لها أثر في إنشاء العقود**، فكل تصرف من الطفل غير المميز، حتى ولو كان نافعاً نفعاً محضاً له كقبول الهبة أو الوصية، يعد باطلاً، لأن عبارته ملغاة.

كذلك لا يجب على الطفل غير المميز شيء من العبادات الدينية كالصلاة والصوم والحج.

وأما الذمة المالية فتثبت للطفل كاملة بمجرد الولادة وتلازمه طوال الحياة.

٢- أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه (أو لممارستها ومباشرتها) على وجه يعتد به شرعاً، وهي ترادف المسؤولية، وتشمل حقوق الله من صلاة وصوم وحج وسواها، والتصرفات القولية أو الفعلية الصادرة عن الشخص. فالصلاة ونحوها التي يؤديها الإنسان تسقط عنه الواجب، والجناية على مال الغير توجب المسؤولية.

وأساس ثبوتها أو مناط هذه الأهلية هو التمييز أو العقل والإدراك، فمن ثبتت له أهلية الأداء صحت عباداته الدينية كالصلاة والصوم، وتصرفاته المدنية كالعقود[(١)].

ولا وجود لهذه الأهلية للجنين أصلاً، ولا للطفل قبل بلوغ سن التمييز وهو تمام سن السابعة. فقبل التمييز تكون هذه الأهلية منعدمة، والمجنون مثل غير المميز لا تترتب على تصرفاتهما آثار شرعية، وتكون عقودهما باطلة، إلا أنهما يؤاخذان مالياً بالجناية أو الاعتداء على نفس الغير أو على ماله. ويقوم الولي (الأب أو الجد) أو الوصي بمباشرة العقود والتصرفات التي يحتاجها الطفل غير المميز أو المجنون.

وأهلية الأداء نوعان: ناقصة وكاملة.

أهلية الأداء الناقصة: هي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون

---

(١) التلويح على التوضيح: ٢/ ١٦٤ ومابعدها، كشف الأسرار: ص١٣٦٨ ومابعدها.

البعض الآخر، وهي التي يتوقف نفاذها على رأي غيره، وهذه الأهلية تثبت للشخص في دور التمييز بعد تمام سن السابعة إلى البلوغ. ويعد في حكم المميز: الشخص المعتوه الذي لم يصل به العته إلى درجة اختلال العقل وفقده، وإنما يكون ضعيف الإدراك والتمييز.

ويفرق بالنسبة للمميز والمعتوه بين حقوق الله وحقوق العباد:

أما حقوق الله تعالى: فتصح من الصبي المميز كالإيمان والكفر[1] والصلاة والصيام والحج، ولكن لا يكون ملزماً بأداء العبادات إلا على جهة التأديب والتهذيب، ولا يستتبع فعله عهدة في ذمته، فلو شرع في صلاة لا يلزمه المضي فيها، ولو أفسدها لا يجب عليه قضاؤها.

وأما حقوق العباد فعند الشافعي وأحمد: تعد عقود الصبي وتصرفاته باطلة.

وأما عند الحنفية: فإن تصرفاته المالية أقسام ثلاثة: نافعة نفعاً محضاً وضارة ضرراً محضاً، ودائرة بين النفع والضرر، على النحو السابق الذي تقدم.

وأهلية الأداء الكاملة: هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به شرعاً دون توقف على رأي غيره. وتثبت لمن بلغ الحلم عاقلاً أي للبالغ الرشيد، فله بموجبها ممارسة كل العقود، من غير توقف على إجازة أحد.

والبلوغ يحصل إما بظهور علامة من علاماته الطبيعية كاحتلام الولد (أي الإنزال) ومجيء العادة الشهرية (الحيض) عند الأنثى، أو بتمام الخامسة عشرة عند جمهور الفقهاء غير أبي حنيفة لكل من الفتى والفتاة، وعليه الفتوى والعمل، جاء في المادة (٩٨٥ مجلة): «يثبت حد البلوغ بالاحتلام والإحبال والحيض والحبل» ونصت المادة (٩٨٦ مجلة): «على أن منتهى البلوغ خمس عشرة سنة».

---

(١) اختلف الفقهاء في صحة الكفر من الصبي بالنسبة لأحكام الدنيا مع اتفاقهم على اعتبار الكفر منه في أحكام الآخرة. فعند أبي حنيفة ومحمد: تعتبر منه ردته، فيحرم من الميراث وتبين امرأته. وعند أبي يوسف والشافعي: لا يحكم بصحة ردته في أحكام الدنيا، لأن الارتداد ضرر محض لا يشوبه منفعة، فلا يصح من الصبي ولا يحرم من الإرث ولا تبين منه امرأته بالردة.

وقدر أبو حنيفة سن البلوغ بثماني عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة. وقدره الإمام مالك لهما بتمام ثماني عشزة سنة، وقيل بتمام السابعة عشرة سنة والدخول في الثامنة عشرة[١].

والسبب في ارتباط هذه الأهلية بالبلوغ: هو أن الأصل فيها أن تتحقق بتوافر العقل، ولما كان العقل من الأمور الخفية ارتبط بالبلوغ، لأنه مظنة العقل، والأحكام ترتبط بعلل ظاهرة منضبطة، فيصبح الشخص عاقلاً بمجرد البلوغ، وتثبت له حينئذ أهلية أداءٍ كاملة ما لم يعترضه عارض من عوارض الأهلية. وعندها يصبح الإنسان أهلاً للتكاليف الشرعية، ويجب عليه أداؤها، ويأثم بتركها، وتصح منه جميع العقود والتصرفات، وتترتب عليه مختلف آثارها ويؤاخذ شرعاً على جميع الأعمال أو الأفعال الجنائية الصادرة عنه.

أدوار الأهلية:

يفهم مما سبق أن أهلية الإنسان من مبدأ حياته في بطن أمه إلى اكتمال رجولته تمر في مراحل خمس أو أدوار خمسة هي:

دور الجنين، ودور الطفولة (عدم التمييز)، ودور التمييز، ودور البلوغ، ودور الرشد[٢].

الدور الأول ــ دور الجنين: يبدأ من بدء الحمل وينتهي بالولادة، وفيه تثبت للجنين أهلية وجوب ناقصة تمكنه من ثبوت أربعة حقوق ضرورية له ذكرت سابقاً، وليست له أهلية أداء ولا ذمة مالية.

الدور الثاني ــ دور الطفولة: ويبدأ من وقت الولادة ويستمر إلى وقت التمييز وهو بلوغ السابعة من العمر. وفيه تثبت للطفل غير المميز أهلية وجوب كاملة، فيستحق الحقوق ويلتزم بالواجبات التي تكون نتيجة ممارسة وليه بعض التصرفات.

---

(١) تفسير القرطبي: ٥/ ٣٧، الشرح الكبير: ٣/ ٣٩٣.

(٢) راجع التقرير والتحبير: ٢/ ١٦٦ ومابعدها، مرآة الأصول: ٢/ ٤٥٢ ومابعدها، فواتح الرحموت: ١/ ١٥٦ وما بعدها، حاشية نسمات الأسحار: ص ٢٧٣، التلويح على التوضيح، كشف الأسرار، المرجعان السابقان.

نيابة عنه، فإذا اشتري له أو وهب له ملك، وجب عليه العوض في المعاوضات المالية، وتكون له ذمة كاملة.

وليست له أهلية أداء، فتكون أقواله كلها هدراً، وعقوده باطلة، حتى ولو كانت نافعة نفعاً محضاً له كقبول الهبة أو الوصية، وينوب عنه فيها وليه الشرعي أو وصيه. جاء في المادة (٩٦٦ مجلة): «لا يصح تصرفات الصغير غير المميز وإن أذن له وليه».

كذلك تكون أفعاله هدراً سواء أكانت دينية كالصلاة والصيام فلا تصح منه، أو مدنية كقبض المبيع أو الوديعة أو القرض، فلا تصح.

وأما جناياته كالقتل والضرب والقطع فلا تستوجب العقوبة البدنية، كالقصاص والحبس، ولا يحرم من الميراث بقتل مورثه لسقوط المؤاخذة عنه، وإنما يلزم في ماله بدفع التعويض أو ضمان ما أتلفه من الأنفس والأموال حفاظاً عليها.

الدور الثالث ــ دور التمييز: يبدأ بعد سن السابعة ويستمر إلى البلوغ عاقلاً.

ومعنى التمييز: أن يصبح الولد بحالة يميز فيها بين الخير والشر، والنفع والضرر، ويعرف معاني الألفاظ إجمالاً، فيدرك أن البيع مثلاً سالب للمال وأن الشراء جالب للملك.

وفيه تثبت للمميز أهلية أداء ناقصة: دينية، ومدنية، فتصح منه العبادات البدنية كالصلاة والصيام، ويثاب عليها، وإن لم تكن مفروضة عليه. كما تصح منه مباشرة التصرفات المالية، مثل قبول الهبة أو الصدقة مطلقاً، والبيع والشراء موقوفاً على إجازة وليه. ولا يصح منه التصرف الضار بمصلحته كالتبرع بشيء من أمواله، على ما سبق بيانه.

الدور الرابع ــ دور البلوغ: يبدأ من البلوغ إلى وقت الرشد. وقد اتفق الفقهاء عملاً بالآيات القرآنية[1] والأحاديث النبوية[2] على أن البالغ يصبح مكلفاً بجميع

---

(١) مثل قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦/٤].

(٢) مثل قول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم» رواه أحمد في مسنده وأبو داود والحاكم عن علي وعمر.

التكاليف الشرعية. وتكتمل لديه أهلية الأداء الدينية، فيطالب بالإيمان بعناصره الستة (بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر وبالقدر خيره وشره) وبالإسلام بأركانه الخمسة (شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة، وصوم رمضان، وحج البيت من استطاع إليه سبيلاً). وبتطبيق أحكام الشريعة من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والجهاد في سبيل الله، واحترام الأموال والأنفس والأعراض، واجتناب المحظورات الشرعية والمعاصي والمنكرات التي تضر بمصلحة الفرد والجماعة.

وأما أهلية الأداء المدنية: فتكتمل عند الفقهاء، خلافاً للقانون، بسن البلوغ إذا بلغ الولد راشداً، فتنفذ تصرفاته المالية وتسلم إليه أمواله. فإن لم يؤنس منه الرشد، فلا تنفذ تصرفاته، ولا تسلم إليه أمواله؛ لأن الشرع جعل البلوغ أمارة على كمال العقل، فإن ثبت العكس عمل به. وسن الرشد في القانون السوري ٨١ سنة، و١٢ سنة في القانون المصري.

الدور الخامس ــ دور الرشد: الرشد أكمل مراحل الأهلية، ومعناه عند الفقهاء[١]: حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية، ولو كان فاسقاً من الوجهة الدينية (م ٩٤٧ مجلة) ويتوافر بتحقق الخبرة المالية بتدبير الأموال وحسن استثمارها. وهو أمر يختلف باختلاف الأشخاص والبيئة والثقافة.

فقد يرافق البلوغ، وقد يتأخر عنه قليلاً أو كثيراً، وقد يتقدمه، لكن لا اعتبار له قبل البلوغ، ومرجعه إلى الاختبار والتجربة عملاً بالآية القرآنية: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٤/٦].

وبناء عليه: إذا بلغ الشخص رشيداً كملت أهليته، وارتفعت الولاية عنه، وسلمت إليه أمواله، ونفذت تصرفاته وإقراراته.

وإن بلغ غير رشيد بقي ناقص أهلية الأداء، واستمرت الولاية المالية عليه عند

---

(١) هذا ما فسره ابن عباس، وهو مذهب الحنفية والمالكية. ويرى الشافعية أن الرشد: هو أن يتصف بالبلوغ والصلاح لدينه وماله (الدر المختار: ٥/ ١٠٥، بداية المجتهد: ٢/ ٢٧٨، الشرح الصغير: ٣/ ٣٩٣، المغني: ٤/ ٤٦٧، مغني المحتاج: ٢/ ٧، ١٦٨).

جمهور الفقهاء، فلا تنفذ تصرفاته، ولا تسلم إليه أمواله. أما الولاية على النفس كالتأديب والتطبيب والتعليم والتزويج فترتفع عنه بمجرد بلوغه عاقلاً، أي أن اشتراط الرشد محصور في التصرفات المالية، وأما غير ذلك كالزواج والطلاق فإنها نافذة منه بمجرد البلوغ عاقلاً.

وخالف أبو حنيفة في هذا فقال: إذا بلغ الشخص عاقلاً غير رشيد كملت أهليته، وارتفعت الولاية عنه، احتراماً لآدميته وحفاظاً على كرامته، ولكن لا تسلم إليه أمــواله على سبيل الاحتياط والتأديب. لا على ســـبيل الحجر عليه، لأنه لا يرى الحجر على السفيه (أي المبذر)، وأما منع أمواله عنه فينتهي: إما بالرشد فعلاً، أو ببلوغه خمساً وعشرين سنة[1].

وليس للرشد سن معينة عند جمهور الفقهاء، وإنما متروك لاستعداد الشخص وتربيته وبيئته، وليس في النصوص الشرعية تحديد له.

أما قانون الأحوال الشخصية السوري (م ١٦) والقانون المدني السوري (م٤٦) فقد حدد سن الرشد فيها بـ (١٨) سنة ميلادية كاملة، وفي القانون المصري (٢١) سنة. فما قبل هذه السن لا تسلم للشخص أمواله، ولا تنفذ تصرفاته، فإذا بلغ الإنسان هذه السن سلمت إليه أمواله إذا لم يكن محجوراً عليه.

ورفع سن الرشد إلى هذا الحد يتفق مع ظروف الحياة الحديثة، التي تعقَّدت فيها المعاملات، وتدهورت فيها الأخلاق، وشاع الخداع والاحتيال، ولا مانع في الشريعة من ذلك عملاً بما تقتضيه المصلحة في حماية الناشئة وصيانة أموالهم.

عوارض الأهلية:

أهلية الأداء: هي أساس التعامل والتعاقد كما عرفنا، إلا أن هذه الأهلية قد يعترضها بعض العوارض فتؤثر فيها، والعوارض: هي ما يطرأ على الإنسان فيزيل أهليته أو ينقصها أو يغير بعض أحكامها. وهي نوعان عند علماء أصول الفقه:

١ - عوارض سماوية: وهي التي لم يكن للشخص في إيجادها اختيار واكتساب.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ١٠٤، بداية المجتهد: ٢/ ٢٧٦ ومابعدها.

٢ - وعوارض مكتسبة: وهي التي يكون للشخص دخل واختبار في تحصيلها.

والعوارض السماوية أكثر تغييراً وأشد تأثيراً، مثل الجنون والعته والإغماء والنوم، ومرض الموت.

والعوارض المكتسبة: مثل السكر والسفه والدين.

وسأقتصر هنا على إعطاء فكرة موجزة عن هذه العوارض، ما عدا مرض الموت والدين فإنهما يتطلبان مزيداً من البحث والإيضاح.

١- **الجنون**: اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان[١]. وحكمه أنه سواء أكان مطبقاً (مستمراً) أم غير مطبق (متقطع) معدم للأهلية حال وجوده، فتكون تصرفات المجنون القولية والفعلية كغير المميز لاغية باطلة لا أثر لها.

ولكنه يطالب بضمان أفعاله الجنائية على النفس أو المال[٢]. جاء في المادة (٩٧٩ مجلة): (المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز).

٢- **العته**: ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك، يصير به المعتوه مختلط الكلام، فيشبه مرة كلام العقلاء، ومرة كلام المجانين. ويتميز المعتوه عن المجنون بالهدوء في أوضاعه فلا يضرب ولا يشتم كالمجنون. فالمعتوه إذن: هو من كان عليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير. وحكمه حكم الصبي المميز كما سبق، أي أن لصاحبه أهلية أداء ناقصة[٣].

٣- **الإغماء**: تعطل القوى المدركة المحركة حركة إرادية بسبب مرض يعرض للدماغ أو القلب. وهو يشبه النوم في تعطيل العقل، إلا أن النوم عارض طبيعي، والإغماء غير طبيعي، فيكون حكمهما واحداً في التصرفات، وهو إلغاؤها وبطلانها لانعدام القصد عند المغمى عليه[٤].

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٤٦٠.

(٢) مرآة الأصول: ٢/ ٤٣٩، التقرير والتحبير: ٢/ ١٧٣، كشف الأسرار: ص ١٠٨٣، التلويح على التوضيح: ٢/ ١٦٧.

(٣) المراجع السابقة: المرآة ٢/ ٤٤١، التقرير والتحبير: ٢/ ١٧٦، كشف الأسرار: ٢/ ١٣٩٤ الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ١٠٠، التلويح: ٢/ ١٦٨.

(٤) المراجع السابقة.

٤- **النوم**: فتور طبيعي يعتري الإنسان في فترات منتظمة أو غير منتظمة لا يزيل العقل، بل يمنعه عن العمل، ولا يزيل الحواس الظاهرة، بل يمنعها أيضاً عن العمل. وعبارات النائم كالمغمى عليه لا اعتبار لها إطلاقاً[١].

٥- **السُّكر**: حالة تعرض للإنسان بامتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه، فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقبيحة. وهو نوعان: سكر بطريق مباح كالحاصل من الدواء أو البنج، أو حالة الاضطرار أو الإكراه. وسكر بطريق حرام كالحاصل من الخمر أو أي مسكر آخر حتى البيرة. والسكر بنوعيه لا يذهب العقل، بل يعطله فترة من الزمن، ويزيل الإرادة والقصد.

وحكمه على المشهور عند المالكية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة[٢]: أنه يبطل العبارة ولا يترتب عليها التزام، فتبطل عقوده وتصرفاته لعدم سلامة القصد أو الإرادة، سواء أكان بطريق مباح أو محظور، فلا يصح يمينه وطلاقه وإقراره ولا بيعه وهبته ولا سائر أقواله[٣]. إلا أن المالكية قالوا في الطلاق: لو سكر سكراً حراماً صح طلاقه، إلا أن لا يميز فلا طلاق عليه لأنه صار كالمجنون.

وقال جمهور الفقهاء (غير المذكورين)[٤]: يفرق بين السكر بمباح فليس لعبارته أي اعتبار، وبين السكر بمحرم، فتقبل عبارته زجراً له وعقاباً على تسببه في تعطيل عقله، فتعد تصرفاته من قول أو فعل صحيحة نافذة، عقاباً وزجراً له ولأمثاله، سواء في ذلك الزواج والطلاق والبيع والشراء والإجارة، والرهن والكفالة ونحوها.

٦- **السفه**: خفة تعتري الإنسان، فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) الشرح الكبير: ٣/ ٥، ٢/ ٢٦٥، أعلام الموقعين: ٤/٤٨، ط السعادة، زاد المعاد: ٤/ ٤٠ ومابعدها، غاية المنتهى: ٣/ ١١٣.

(٣) وهذا رأي الإمام أحمد في رواية عنه اختارها جماعة من الحنابلة، والطحاوي والكرخي وأبو يوسف وزفر من الحنفية، والمزني وابن سريج و غيرهما من الشافعية. وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية في سورية ومصر.

(٤) كشف الأسرار: ص ١٤٧١، التلويح: ٢/ ١٧٥، التقرير والتحبير: ٢/ ١٩٣، مرآة الأصول: ٢/ ٤٥٤.

والشرع مع قيام العقل حقيقة، والمراد به هنا ما يقابل الرشد: وهو تبذير المال وإنفاقه في غير حكمة، ولو في أمور الخير عند الحنفية[١] (م ٩٤٦ مجلة) كبناء المساجد والمدارس والملاجئ.

والسفه لا يؤثر في الأهلية، فيظل السفيه كامل الأهلية، لكنه يمنع من بعض التصرفات.

الحجر على السفيه[٢] : قد يبلغ الشخص سفيهاً، وقد يطرأ عليه السفه بعد بلوغه راشداً.

أ ــ من بلغ سفيهاً: اتفق الفقهاء على أنّ الصبي إذا بلغ سفيهاً يمنع عنه ماله، ويظل تحت ولاية وليه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا﴾ [النساء: ٤/ ٥]. ويستمر هذا المنع أبداً عند جمهور الفقهاء والصاحبين، حتى يتحقق رشده لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٤/ ٦].

جاء في المادة (٩٨٢ مجلة): «إذا بلغ الصبي غير الرشيد لم تدفع إليه أمواله، ما لم يتحقق رشده، ويمنع من التصرف كما في السابق».

وقال أبو حنيفة: تنتهي فترة منع ماله عنه ببلوغه خمساً وعشرين سنة؛ لأن هذه السن غالباً يتحقق فيها الرشد، فإن لم يرشد لا ينتظر منه رشد بعدئذ. وأما تصرفاته في فترة منع ماله عنه فلا ينفذ منها إلا ما كان نافعاً نفعاً محضاً له أو الوصية في حدود الثلث، أو كانت لا تقبل الفسخ: وهي الزواج والطلاق والرجعة واليمين. ويمنع من باقي التصرفات.

ب ــ من بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً: لا يجيز أبو حنيفة الحجر عليه، لأنه حر في تصرفاته، والحجر ينافي الحرية، وفيه إهدار لإنسانيته وكرامته.

وقال جمهور الفقهاء، والصاحبان (أبو يوسف ومحمد) وبرأيهما يفتى في المذهب الحنفي: يجوز الحجر على السفيه، رعاية لمصلحته، ومحافظة على ماله،

---

(١) الدر المختار: ٥/ ١٠٢، تبيين الحقائق: ٥/ ١٩٢. إلا أن الشافعي لم يجعل الإسراف في وجوه البر سفهاً (مغني المحتاج: ٢/ ١٦٨).

(٢) الحجر: هو منع نفاذ التصرفات القولية.

حتى لا يكون عالة على غيره. ويكون حكمه حينئذ حكم الصبي المميز في التصرفات[١]؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٤/ ٥] وقوله سبحانه: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٢] مما يدل على ثبوت الولاية على السفيه[٢]. إلا أن الحجر على السفيه في هذه الحالة يكون بحكم قضائي، بالتثبت من السفه أو التبذير، ومنعاً من إلحاق الضرر بمن يتعامل مع السفيه من غير بينة وتحقق من حاله. وهذا رأي أبي يوسف والشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله تعالى.

والحجر في هذه الحالة محصور في التصرفات التي تحتمل الفسخ، ويبطلها الهزل كالبيع والإجارة والرهن. أما التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل كالزواج والطلاق والرجعة والخلع، فلا يحجر عليه بالإجماع.

الغفلة والسفه:

الغفلة ملحقة بالسفه من ناحيةجواز الحجر عند جمهور الفقهاء وعدمه عند أبي حنيفة[٣]. وذو الغفلة: هو من لا يهتدي إلى أسباب الربح والخسارة، كما يهتدي غيره، وإنما يخدع بسهولة بسبب البساطة وسلامة القلب، مما يؤدي إلى غبنه في المعاملات. وحكم المغفل والسفيه سواء. أما الفرق بينهما فهو أن السفيه كامل الإدراك، ويرجع سوء تصرفه إلى سوء اختياره. وأما ذو الغفلة: فهو ضعيف الإدراك، ويرجع سوء تصرفه إلى ضعف عقله وإدراكه للخير والشر.

٧-الدين أو المديونية:

الخلاف الذي ذكرفي السفه والغفلة من ناحية الحجر وعدمه يجري في الدين.

---

(١) وعليه نصت المادة (٩٩٠ مجلة): السفيه المحجور عليه هو في المعاملات كالصغير المميز...».

(٢) كشف الأسرار: ص ١٤٨٩، التلويح على التوضيح: ٢/ ١٩١، التقرير والتحبير: ٢/ ٢٠١، مرآة الأصول: ٢/ ٤٥٩، الدر المختار: ٥/ ١٠٢ ومابعدها، بداية المجتهد: ٢/ ٢٧٦، ٢٧٩، مغني المحتاج: ٢/ ١٧٠، المغني: ٤/ ٤٦٩، الشرح الصغير: ٣/ ٣٨٢ ومابعدها.

(٣) تبيين الحقائق: ٥/ ١٩٨.

فأبو حنيفة لا يجيز الحجر على المدين، وإن استغرق دينه ماله، لأنه كامل الأهلية بالعقل، فلا حجر عليه، حفاظاً على حريته في التصرف وإنسانيته. وإنما يؤمر بسداد ديونه، فإن أبى يحبس ليبيع ماله بنفسه ويؤدي ما عليه من الديون.

وقال الصاحبان (أبو يوسف ومحمد) والأئمة الثلاثة: (مالك والشافعي وأحمد)[١]: يحجر القاضي على المدين الذي ترتبت عليه ديون حالّة الأجل، وكانت ديونه مستغرقة لماله (أي محيطة بها) وطلب الدائنون الغرماء الحجر عليه[٢] وهذا هو المفلس، والمفلس لغة: من لا مال له، وشرعاً، من دينه أكثر من ماله. وأجاز المالكية الحجر على المدين المفلس دون حاجة لحكم قضائي، أي على الغريم نفسه، ولو كان الدين المحيط بالمال مؤجلاً.

وبالحجر على المدين تنتقص أهليته، ويصبح كالصغير المميز، ومتى وقع الحجر عليه صارت تصرفاته المالية التي تضر بدائنيه موقوفة على إجازتهم، سواء أكانت تلك التصرفات تبرعات محضة كالهبة أو الوقف، أم معاوضات مشتملة على المحاباة في الثمن، كالبيع بأقل من القيمة، أو الشراء بأكثر من القيمة، فإن أجازوا التصرف نفذ، وإن رفضوه بطل.

وهذا يعني عند الحنفية: أنه إذا صح الحجر على المدين، صار المحجور كمريض عليه ديون الصحة، فكل تصرف أدى إلى إبطال حق الدائنين الغرماء، فالحجر (أي المنع من التصرف) يؤثر فيه كالهبة والصدقة.

وأما البيع: فإن كان بمثل القيمة جاز، وإن كان بغبن فلا يجوز، ويتخير المشتري بين إزالة الغبن، وبين الفسخ، كبيع المريض.

---

(١) تبيين الحقائق: ١٩٩/٥، رد المحتار على الدر المختار: ١٠٢/٥، ١٠٥ ومابعدها، الشرح الصغير: ٣٤٦/٢، مغني المحتاج: ١٤٦/٢، غاية المنتهى: ١٢٩/٢، القواعد لابن رجب: ص ١٤، بداية المجتهد: ٢٨٠/٢. هذا مع العلم بأن أصل المذهب الحنفي عدم جواز الحجر بسبب الدين. لكن المفتى به عند الحنفية هو قول الصاحبين وهو جواز الحجر.

(٢) نصت المادة (٩٩٨ مجلة) على ما يأتي «لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون في أداء دينه حال كونه مقتدراً، وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم ماله. وإذا امتنع عن بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه..» ونصت المادة (٩٩٩) على جواز حجر الحاكم المدين المفلس الذي دينه مساوٍ لماله أو أزيد...

ويجوز له الزواج بمهر المثل والطلاق والخلع ونحو ذلك، كما يجوز له قبول الهبات والتبرعات.

٨- مرض الموت:

البحث فيه يتناول تعريفه وما يلحق به، والحقوق المتعلقة به، وحقوق المريض نفسه، وحقوق الدائنين والموصى لهم والورثة، وتصرفات المريض نفسه، وإقراره[١].

أ ـ تعريفه: هو المرض الذي يعجز الرجل أو المرأة عن ممارسة أعمالها المعتادة ويتصل به الموت قبل مضي سنة من بدئه، إذا لم يكن في حالة تزايد أو تغير، فإن كان يتزايد اعتبر مرض موت من تاريخ اشتداده أو تغيره، ولو دام أكثر من سنة (م١٥٩٥ مجلة).

ويقال لصاحبه: المريض؛ ويقابله: الصحيح. وهذا هو مراد فقهاء الحنفية عند إطلاق كلمة (المريض) أي من هو في مرض الموت. أو كلمة (الصحيح) أي من ليس في حال مرض الموت، ولو كان مريضاً بمرض آخر.

ولا بد لتوافر معنى مرض الموت من أمرين: أن يكون مما يغلب فيه الهلاك عادة وأن يتصل به الموت فعلاً، ولو من حادث آخر كالقتل والحرق والغرق وغيرها.

وبناء عليه ألحق الفقهاء به حالات مثل[٢]:

ركاب سفينة جاءتها ريح عاصف، وظنوا أن الموت نازل بهم.

الأسرى لدى دولة اعتادت قتلهم.

المجاهد الذي خرج للقاء العدو بائعاً نفسه في سبيل الله والوطن.

---

(١) راجع التلويح على التوضيح: ٢/ ١٧٧، كشف الأسرار: ص ١٤٢٧، التقرير والتحبير: ٢/ ١٨٦، مرآة الأصول: ٢/ ٤٤٧، البدائع: ٧/ ٢٢٤ ومابعدها، الدر المختار: ٤/ ٤٨١ ومابعدها.

(٢) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى: ص ٣٤٠.

ب ـ حكمه والحقوق المتعلقة به: مرض الموت لا ينافي أهلية وجوب الأحكام الشرعية في حقه، سواء حقوق الله وحقوق العباد وأهلية العبادة، لأنه لاتأثير له على الذمة والعقل والنطق.

ولا ينافي أيضاً أهلية الأداء؛ لأنه لا يخل بالعقل، فتجب للمصاب به حقوق غيره، كما تجب على الصحيح. وتظل عباراته وأقواله معتبرة كالبيع والهبة والإجارة والزواج والطلاق وسائر التصرفات.

إلا أنه يحجر عليه ويمنع من بعض التصرفات كالمديون حماية لحقوق الدائنين التي تصبح متعلقة بماله بعد أن كانت متعلقة بذمته فقط، وحماية لحقوق الورثة أيضاً التي تصبح متعلقة بأعيان وموجودات التركة نفسها في رأي أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه.

ج ـ حقوق المريض الخاصة: تصرفات المريض الضرورية الخاصة بشخصه وأسرته نافذة، لا تتوقف على إجازة أحد، وهي ما يلي:

أولاً ـ النفقات الضرورية اللازمة للطعام والكسوة والسكنى له ولمن تلزمه نفقته، أو اللازمة للعلاج كأجر الطبيب وثمن الدواء وأجور عملية جراحية ونحوها.

ثانياً ـ الزواج: للمريض إبرام عقد زواج، لأنه قد يحتاج إلى من يخدمه أو يؤنسه، بشرط ألا يزيد المهر الذي يحدده على مهر المثل، فإن زاد عليه كانت الزيادة تبرعاً وصية موقوفة على إجازة الورثة إن زادت على ثلث التركة، فإن كانت في حدود هذا الثلث نفذت بدون إجازتهم.

ثالثاً: الطلاق: الطلاق نافذ أثناء مرض الموت باتفاق الفقهاء، لكنه إذا كان بائناً بغير رضا المرأة ومات الرجل في أثناء العدة، استحقت الميراث منه، لأنه بطلاقها يعتبر فارّاً (هارباً) من ميراثها، فيعامل بنقيض مقصوده. وهذا رأي الحنفية، وعليه العمل في المحاكم الحالية[١]. والخلع جائز أيضاً كالطلاق لكن

---

(١) هناك آراء أخرى: يرى الحنابلة أنها تستحق الميراث ولو انقضت عدتها مالم تتزوج قبل موته. ويرى المالكية: أنها تستحق الميراث ولو تزوجت غيره قبل الموت. وقال الشافعية: لاتستحق الميراث أصلاً، ولو مات زوجها وهي في العدة.

الرجل لا يستحق من بدل الخلع الذي تدفعه المرأة له إذا ماتت في العدة إلا الأقل من ثلاثة (بدل الخلع، وثلث تركة الزوجة، ونصيب الزوج من ميراثه منها). وإن ماتت بعد العدة استحق الأقل من اثنين (بدل الخلع، وثلث التركة).

رابعاً ـ العقود الواردة على المنافع، سواء أكانت بعوض أم بغير عوض كالإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة ونحوها. للمريض مباشرة هذه العقود ولو كان العقد بأقل من عوض المثل، دون أن يحق لأحد من الورثة أو الدائنين الاعتراض عليه؛ لأن المنافع ليست أموالاً في مذهب الحنفية، فلا يتعلق بها حق لأحد الورثة أو الدائنين، ولأن التصرف في المنافع ينتهي بمجرد موت أحد العاقدين، فلا يكون هناك حاجة لاعتراض الدائنين أو الورثة. وأما غير الحنفية الذين يعدون المنافع أموالاً، فإن التصرف فيها خاضع لإجازة أصحاب الحق.

خامساً ـ العقود المتعقلة بالربح ولا تمس رأس المال كالشركة والمضاربة تصحان من المريض، ولو بغبن؛ لأن الربح كالمنافع لا حق لأحد فيه، ولأن الشركة تبطل بموت المريض، فلا ضرر فيها على أحد؛ لأن حقوق الورثة أو الدائنين تتعلق بأعيان التركة أو بماليتها.

والخلاصة: إن كل تصرف يضطر إليه المريض، أو لا يمس حقوق الدائنين أو الورثة هو نافذ لا يتوقف على إجازة أحد.

د ـ حقوق الدائنين: تأتي بعد حقوق المريض الخاصة. فإذا كان المريض مديناً منع من التصرف الضار بمصلحة الدائنين. وعليه إذا كان المريض مديناً بدين مستغرق (محيط بكل ماله) منع من التبرعات أو ما في حكمها، كالهبة والوقف والوصية بشيء من أمواله، والبيع أو الشراء بالمحاباة. ويكون تصرفه موقوفاً على إجازة الدائنين بعد وفاة المريض.

وإن كان المريض مديناً بدين غير مستغرق، اعتبر تصرفه مع غير الوارث نافذاً إذا لم يشتمل على غبن فاحش. أما إذا حدث التصرف مع وارث، فله حكم الوصية: ينفذ من الثلث بعد وفاء الديون. ويتوقف على إجازة الورثة فيما يزيد عن الثلث.

هـ ــ حقوق الموصى له: للمريض أن يوصي بقدر ثلث التركة، فإذا مات مديناً بدين مستغرق للتركة بطلت الوصية، إلاّ إذا أجازها الدائنون. وإذا لم يكن مديناً أو مديناً بدين غير مستغرق نفذت الوصية لأجنبي في حدود ثلث التركة. وإن كانت الوصية لوارث صارت موقوفة على إجازة الورثة، مهما كان الموصى به، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا وصية لوارث».

و ــ حقوق الورثة: تتعلق حقوق الورثة بثلث تركة المريض بعد وفاء الديون وتنفيذ الوصايا. فإن لم يكن هناك ديون ولا وصايا استحقوا التركة كلها. وتأتي حقوقهم بعد حقوق الدائنين والموصى لهم. وبناء عليه: كل تصرف من المريض لايضر بحقوق الورثة يكون صحيحاً نافذاً لا اعتراض لأحد عليه. وإن كان التصرف ضاراً بحقوقهم، كان لهم مع نفاذه حال الحياة حق إبطاله بعد الموت إن كان مما يقبل الفسخ كالتبرعات.

لكن ما نوع حق الورثة بالتركة: هل هو حق شخصي أو حق عيني[(١)]؟

قال أبو حنيفة: يتعلق حق الورثة بمالية التركة إن تصرف المريض لأجنبي غير وارث، ويتعلق حقهم بأعيان التركة وذاتها نفسها إن تصرف المريض لوارث، أي أن حقهم في الحالة الثانية حق عيني، وفي الأولى حق شخصي. ويترتب عليه: يصح تصرف المريض لغير الوارث ببعض أموال التركة بمثل القيمة، دون اعتراض من أحد الورثة. ولا يصح تصرف المريض لوارث ببعض أموال التركة ولو بقيمته بلا أي غبن. ويحق لباقي الورثة نقض هذا التصرف لما فيه من ضرر بمصلحتهم؛ لأن حقهم تعلق بأعيان التركة، وإيثار بعض الورثة على بعض لا يجوز. أما في حال تصرف المريض مع غير الورثة فإن حقهم تعلق بقيمة التركة أو ماليتها.

وقال الصاحبان (أبو يوسف ومحمد): يتعلق حق الورثة كحق الدائنين العاديين

---

(١) الحق الشخصي: هو علاقة بين شخصين يكون أحدهما مكلفاً تجاه الآخر بعمل أو بالامتناع عن عمل كحق الدائن في ذمة المدين، أو حق المودع على الوديع في ألا يستعمل الوديعة.
والحق العيني: علاقة مباشرة بين شخص وشيء معين بذاته مثل حق الملكية على الأموال وحق الارتفاق المقرر على عقار معين مثل حق المرور أو المسيل.

بمالية التركة، أي بقيمتها، لا بأعيانها، سواء أكان تصرف المريض مع وارث أم غير وارث. فيصح تصرف المريض بمال مطلقاً (لوارث أو لغير وارث) إذا كان بثمن المثل أي بدون غبن، إذ ليس فيه ضرر بباقي الورثة؛ لأن حقوقهم في التركة متعلقة بناحية أنها مال فقط.

والخلاصة: أن هناك ـ على الرأي الراجح وهو رأي أبي حنيفة ـ فرقاً بين حق الدائنين وحق الورثة: وهو أن حق الدائنين يتعلق بمال المدين فقط، لا بأعيان التركة نفسها. حتى جاز للمريض مبادلة مال بيعاً أو شراءً دون حاجة لإذن الدائن، ويجوز للورثة إعطاء الدائن دينه نقداً، ثم يتصرفون بأعيان التركة كما يشاؤون.

ز ـ تصرفات المريض: إذا كان التصرف الصادر من المريض لا يقبل الفسخ أو الإبطال كالزواج والطلاق والرجعة والعفو عن القصاص، نفذ بعد الموت في حدود ثلث التركة. وإن كان التصرف قابلاً للفسخ، كان موقوفاً على إجازة أصحاب الحق بعد الوفاة إذا كان ضاراً بمصلحتهم كالتبرع والهبة والوقف وبيع المحاباة، وكالبيع المشتمل على غبن. فإن كان التصرف لا غبن فيه، ومع أجنبي غير وارث، نفذ ولم يتوقف على إجازة أحد.

ح ـ إقرار المريض: للمريض أن يقر بدين عليه لأجنبي أو لوارث. فإن كان لأجنبي غير وارث فهو صحيح نافذ دون حاجة لإجازة الورثة، ولو أحاط الإقرار بجميع ماله (م ١٦٠١ مجلة)، لكن تقدم عليه عند الحنفية ديون الصحة[1].

وإن كان الإقرار لوارث فلا ينفذ إلا بإجازة باقي الورثة، فإن أجازوه نفذ، وإلا بطل. لكن يصح الإقرار لوارث استثناء كما في حال الإقرار بقبض أمانته الموجودة عند وارث، أو باستهلاك الأمانة أو الوديعة الموجودة عنده لوارث (م١٥٩٨ مجلة).

---

(١) ديون الصحة: هي الديون التي تثبت قبل مرض الموت، ولو بالإقرار وحده حينئذ. وقال غير الحنفية: دين الصحة ودين المرض يتساويان، فلا يقدم دين الصحة على دين المرض، لأنهما حقان ثابتان.

ثانياً ـ الولاية:

معناها والفرق بينها وبين الأهلية، صلتها بالعقد، أنواعها، الأولياء ودرجاتهم، محتاجو الولاية، مبدأ الولاية، شروط الولاية، تصرفات الولي (مدى صلاحياته).

تعريف الولاية: الولاية في اللغة: هي تولي الأمر والقيام به أو عليه. وفي اصطلاح الشرع: هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها، أي ترتيب الآثار الشرعية عليها. والولاية على القاصر: هي إشراف الراشد على شؤون القاصر الشخصية والمالية.

صلتها بالعقد والفرق بينها وبين الأهلية: يتطلب العقد لوجوده ونفاذه وترتيب آثاره الشرعية أن يكون العاقد ذا أهلية أداء، وذا ولاية على العقد بأن يكون أصيلاً عن نفسه أو ولياً أو وصياً على غيره. فإن لم يكن أصيلاً أو ولياً أو وصياً كان فضولياً.

وأهلية الأداء شرط انعقاد العقد ووجوده، فإن لم تتوافر كان العقد باطلاً. أما الولاية فهي شرط لنفاذ العقد[١] وترتب الآثار الشرعية عليه. وهي لا تثبت إلا لكامل أهلية الأداء. أما ناقص أهلية الأداء فلا ولاية له على نفسه ولا على غيره.

وأهلية الأداء: صلاحية الشخص لمباشرة العقود. والولاية: صلاحية الشخص لإنفاذ العقود.

وبناء عليه يكون للعقد بالنظر للأهلية والولاية أحوال ثلاث[٢]:

١ - إذا كان العاقد كامل الأهلية وصاحب ولاية: اعتبر العقد صحيحاً نافذاً إلا إذا كان فيه ضرر بآخر فيصبح موقوفاً على الإجازة، كالتصرف بالمأجور أو المرهون قبل انتهاء مدة الإجارة أو قبل أداء الدين، وتصرف المدين الذي يضر الدائنين، وتصرف المريض مرض الموت، على ما سبق بيانه.

---

(١) النفاذ في الأصل: المضي والجواز، ثم أطلق عند الفقهاء على مضي العقد دون توقف على الإجازة أو الإذن.

(٢) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى: ص ٣٥١.

٢ - إذا صدر العقد من عديم الأهلية وفاقد الولاية، كالمجنون والصبي غير المميز، كان باطلاً. فإن كان العاقد ناقص الأهلية كالصبي المميز، توقف عقده المتردد بين الضرر والنفع كالبيع على إجازة وليه أو وصيه، على ما سبق بيانه.

٣ - إذا صدر العقد من صاحب أهلية أداء كاملة، ولكنه فاقد الولاية، وهو الفضولي، كان موقوفاً على إجازة المعقود له، على ما سيتضح في بحث لاحق، أي أنني سأخصص مبحثاً مستقلاً لكل من الوكالةوالفضالة باعتبارهما من أنواع النيابة عن الغير حال الحياة.

أنواع الولاية: الولاية إما أن تكون أصلية: بأن يتولى الشخص عقداً أوتصرفاً لنفسه، بأن يكون كامل أهلية الأداء (بالغاً عاقلاً راشداً)، أو نيابية: بأن يتولى الشخص أمور غيره.

والولاية النيابية أو النيابة الشرعية عن الغير: إما أن تكون اختيارية أو إجبارية[1]:

الاختيـــارية: هي الوكالة أي تفويض التصرف والحفظ إلى الغيرعلى ماسيأتي.

والإجبارية: هي تفويض الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر، كولاية الأب أو الجد أو الوصي على الصغير، وولاية القاضي على القاصر. فمصدر ولاية الأب أو الجد أو القاضي هو الشرع. ومصدر ولاية الوصي إما اختيار الأب أو الجد، أو تعيين القاضي.

والولايـــة النيابية الإجبارية: إما أن يكون ولاية على النفس أو ولاية على المال.

الولاية على النفس: هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية كالتزويج والتعليم والتأديب والتطبيب والتشغيل في حرفة ونحو ذلك. وليس هنا محل بحثها.

والولاية على المال: هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من حفظ المال واستثماره وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة بالمال. وهي محل البحث هنا.

---

(١) البدائع: ١٥٢/٥.

الأولياء ودرجاتهم:

الولاية على النفس: تثبت للأقرب فالأقرب من العصبات[1] على الترتيب التالي:

١ - البنوة (الأبناء ثم أبناء الأبناء) فابن المجنون والمجنونة مثلاً يتولى شؤونهما الشخصية.

٢ - الأبوة (الآباء ثم الأجداد).

٣ ـ الأخوة (الإخوة ثم أبناء الإخوة).

٤ - العمومة (الأعمام ثم أبناء الأعمام).

وهذا هو ترتيب الإرث والولاية في الزواج، وقد نصت على ذلك المادة (٢١) من قانون الأحوال الشخصية السوري.

والولاية على المال: بالنسبة للصغير القاصر: تثبت عند الحنفية على الترتيب التالي: الأب، ثم وصي الأب، ثم الجد، ثم القاضي، ثم وصي القاضي: وهو من يعينه القاضي.

والسبب في هذا الترتيب[2]: أن الأب أوفر الناس شفقة على ولده. ويعقبه وصيه الذي اختاره ليقوم مقامه، والظاهر أنه ما اختاره من بين سائر الناس إلا لعلمه بأن شفقته على الصغير مثل شفقته عليه. والجد يأتي بعدئذ لأن شفقته دون شفقة الأب. ووصيه يليه ويقوم مقامه، لأنه وثقه وارتضاه. والقاضي أمين على مصالح الأمة وبخاصة اليتامى فصلح أن يكون ولياً، لقوله ﷺ: «السلطان ولي من لا ولي له».

يتبين من ذلك أن الأب، والجد أب الأب لهما ولاية تامة على النفس وعلى المال معاً. وقد نصت على ذلك المادة (١٧٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري: «للأب ثم للجد العصبي ولاية على نفس القاصر وماله، وهما ملتزمان بالقيام بها».

---

(١) العصبات: قرابة الشخص الذكور من جهة الأب، كالأخ والعم وابن العم.

(٢) البدائع: ١٥٢/٥، ١٥٥.

كما نصت المادة ١/ ١٧٢) على من تثبت له الولاية على المال: «للأب وللجد العصبي عند عدمه دون غيرهما ولاية على مال القاصر حفظاً وتصرفاً واستثماراً». ونصت المادة (١٧٦/ ١) **على الوصي المختار**: وهو من يختاره الأب أو الجد قبل موته: «يجوز للأب وللجد عند فقدان الأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر، أو الحمل، وله أن يرجع عن إيصائه». ونصت المادة (١٧٧) على **وصي القاضي**: وهو من يعينه القاضي: «إذا لم يكن للقاصر أو الحمل وصي مختار تعين المحكمة وصياً».

من يحتاج إلى الولاية:

تثبت الولاية على الصغير القاصر والمجنون والمعتوه، والمغفل، والسفيه، وقد اصطلح قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٦٣) على تسميات لأنواع الولاية على هؤلاء كما يبدو من النص التالي:

«١ - النيابة الشرعية عن الغير تكون إما ولاية، أو وصاية أو قوامة، أو وكالة قضائية.

٢ - الولاية للأقارب للأب أو غيره، والوصاية على الأيتام، والقوامة على المجانين والمعتوهين، والمغفلين والسفهاء. والوكالة القضائية عن المفقودين».

والحقيقة أن حالات النيابة الشرعية الأربع هذه كلها داخلة تحت كلمة **الولاية** عند فقهائنا كما تبين لدينا.

أما الولاية على مال الصغير القاصر: فتكون لأحد الأولياء الستة الذين ذكروا سابقاً وهم (الأب ووصيه، والجد ووصيه، والقاضي ووصيه)[1].

وأما **الولاية على المجنون أو المعتوه**: إذا بلغ على هذه الحالة، فإنها تكون لمن كان وليه قبل البلوغ من أب أو جد أو وصي، باتفاق المذاهب الأربعة، كما تقدم.

---

(١) الولاية في مذهبي المالكية والحنابلة تكون أولاً للأب ثم لوصيه، ثم للحاكم، ثم لمن يقيمه أميناً عنه ولا ولاية للجد وغيره من القرابة (الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٢٩٢، غاية المنتهى: ٢/ ١٤٠) وعند الشافعية: الولاية للأب أولاً ثم للجد أبي الأب، ثم لوصيهما ثم القاضي أي العدل الأمين (نهاية المحتاج: ٣/ ٣٥٥).

فإن بلغ الشخص رشيداً ثم طرأ عليه الجنون أو العته، عادت إليه ولاية من كان وليه قبل البلوغ، على الرأي الراجح عند الحنفية، والشافعية[١].

وقال المالكية والحنابلة: تكون الولاية عليه حينئذ للقاضي، ولا تعود لمن كانت له من أب أو جد؛ لأن الولاية سقطت ببلوغ الصغير رشيداً، والساقط لايعود[٢].

وقانون الأحوال الشخصية السوري أخذ بالرأي الثاني في المادة (٢٠٠) وهي: «أ - المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما، ويقام على كل منهما قيم بوثيقة» ومعنى المادة أن تصرفات المجنون والمعتوه تعد باطلة، ولو قبل شهر قرار الحجر عليهما، حماية لمصالحهما.

وأما القانون المدني السوري في المادة (١١٥) فلم يعتبر تصرفات المجنون والمعتوه باطلة إلا بعد شهر قرار الحجر عليهما حماية لاستقرار المعاملات إلا في حالتين استثناهما نص المادة وهي:

١ - يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر.

٢ - أما إذا صدر التصرف قبل شهر قرار الحجر، فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها.

وأما الولاية على السفيه وذي الغفلة: فإنها تكون للقاضي باتفاق المذاهب الأربعة[٣]؛ لأن الحجر عليهما متوقف على قضاء القاضي، حفاظاً على مالهما ومراعاة لمصلحتهما.

وعلى هذا تكون تصرفاتهما صحيحة نافذة قبل إيقاع الحجر عليهما. نصت المادة (٢/ ٢٠٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري على ذلك فيما يأتي: «السفيه والمغفل يحجران قضاء، وتصرفاتهما قبل القضاء نافذة، ويقام على كل منهما قيم بقرار الحجر نفسه، أو بوثيقة على حدة».

---

(١) تبيين الحقائق: ٥/ ١٩٥ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢/ ١٧١، نهاية المحتاج: ٣/ ٣٥٦.
(٢) غاية المنتهى: ٢/ ١٤٢، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٢٩٢.
(٣) المراجع السابقة: مغني المحتاج: ٢/ ١٧٠.

واشترط القانون المدني السوري لإبطال تصرف المغفل والسفيه شهر قرار الحجر إلا في حالتين نصت المادة (١١٦) منه على ما يأتي:

«١- إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد شهر قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام.

٢ - أما التصرف الصادر قبل شهر قرار الحجر، فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال، إلا إذا كان نتيجة **استغلال أو تواطؤ**».

وأما الوكالة القضائية: فهي نوع من الولاية قررتها القوانين النافذة في أحوال ثلاث:

١- **المفقود والغائب**: نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المواد (٢٠٢ - ٢٠٦) على أصولهما والأحكام المتعلقة بهما، ومنها أن المفقود: هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته، أو تكون حياته محققة، ولكن لا يعرف له مكان (م ٢٠٢) ومنها أنه يعتبر كالمفقود: الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بوكيل عنه، مدة أكثر من سنة، وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره.

أما حكم زوجة المفقود فقد نصت المادة (١٠٩) من هذا القانون على أنه: «إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول، أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات، جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه».

والتفريق للغيبة بعد سنة في هذه المادة مأخوذ من القول المعتمد في مذهب المالكية.

وأما أموال المفقود: فقد نصت المادة (٣٠٢) من هذا القانون على حكمها فيما يأتي:

١ - يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حياً أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه.

٢ - إن ظهر حياً بعد الحكم بموته، أخذ ما بقي من نصيبه في أيدي الورثة

ولا توزع تركة المفقود قبل موته أو الحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر (م٢٠٥).

٢- **المصاب بعاهتين** من ثلاث عاهات هي الصمم والبكم والعمى.

نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة (١١٨): «١ - إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك».

٣- - **المحكوم عليه بالأشغال الشاقة أو بالاعتقال**: نص قانون العقوبات السوري في المادة ٥٠ على عقوبة تبعية لهذا الشخص بالإضافة إلى السجن، وهي الحجر عليه، أو منعه من التصرف بماله، وتعيين وصي يشرف على أمواله، ونص هذه المادة ما يأتي:

«١ - كل محكوم عليه بالأشغال الشاقة أو بالاعتقال يكون في خلال تنفيذ عقوبته في حالة الحجر، وتنقل ممارسة حقوقه على أملاكه، ما خلا الحقوق الملازمة للشخص (أي كالطلاق) إلى وصي وفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الأوصياء على المحجور عليهم، وكل عمل وإدارة أو تصرف يقوم به المحكوم عليه يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً مع الاحتفاظ بحقوق الغير من ذوي النية الحسنة، ولا يمكن أن يسلم إلى المحكوم عليه أي مبلغ من دخله ما خلا المبالغ التي يجيزها القانون وأنظمة السجون».

مبدأ الولاية:

تبدأ الولاية على الأشخاص منذ ولادتهم، وتستمر حتى سن الرشد، أما الجنين فلا ولاية لأحد عليه قبل الولادة عند غالبية الفقهاء، فلو اشترى له شخص شيئاً أو وهب له شيء، فلا يتملكه، حتى ولو ولد حياً، وإنما تثبت له الحقوق الضرورية الأربعة التي ذكرت سابقاً.

لكن قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٧٦) الذي أخذ بالمقرر في فقه الشيعة الزيدية، وقانون الولاية على المال الصادر بمصر سنة ١٩٥٢م أجازا

للأب أو للجد تعيين وصي للحمل المستكن. والوصي المقصود هنا في تقديري ليس مجرد أمين لحفظ المال حتى الولادة كما فهم كثير من الشراح، وإنما الذي له صلاحيات الأوصياء عادة، عملاً بإطلاق النص، وبالمفهوم من التسوية في الحكم بين وصي الحمل، ووصي القاصر في مادة واحدة، وتحقيقاً للهدف المنشود من تعيين الوصي وهو رعاية مصلحة الجنين وتثمير ماله وتنميته فضلاً عن حفظه.

شروط الولي:

الولاية مسؤولية كبرى في إدارة أموال وأعمال الغير، ويترتب عليها نفاذ التصرفات غالباً، لذا يشترط في الولي الخاص كالأب أو الجد أو الولي العام كالقاضي وناظر الوقف ومدير المؤسسة الخيرية شروط إما في شخصه أو في تصرفاته[1].

١ - كمال أهلية الأداء بالبلوغ والعقل، فلا ولاية للمجنون ولا للصغير، لأنه لا ولاية لهما على أنفسهما، فلا تكون لهما ولاية على غيرهما، إذ فاقد الشيء لايعطيه.

٢ - اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه، فلا تثبت ولاية لغير المسلم على المسلم، كما لا ولاية للمسلم على غير المسلم؛ لأن اتحاد الدين باعث غالباً على الشفقة ورعاية المصلحة.

٣ - العدالة: أي الاستقامة على أمور الدين والأخلاق والمروءات[2]، فلا ولاية للفاسق؛ لأن فسقه يجعله متهماً في رعاية مصالح غيره.

٤ - القدرة على التصرف مع الأمانة: لأن المقصود من الولاية تحقيق مصلحة المولى عليه، وهي لا تتحقق مع العجز وعدم الأمانة[3].

---

(١) مختصر الطحاوي: ص ١٦٠ ومابعدها، البدائع: ٥/ ١٥٣، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٤٩٥.

(٢) نصت المادة ١/١٧٨على ما يلي: «يجب أن يكون الوصي عدلاً قادراً على القيام بالوصاية ذا أهلية كاملة، وأن يكون من ملة القاصر».

(٣) منع قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٢/١٧٨الوصي من الولاية في حالات، ونصها هو: =

٥ - رعاية مصلحة المولى عليه في التصرفات، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الإسراء: ١٧/ ٣٤] فليس للولي سلطة في مباشرة التصرفات الضارة بالمولى عليه ضرراً محضاً، كالتبرع من مال القاصر بالهبة أو الصدقة، أو البيع أو الشراء بغبن فاحش، أو الطلاق. فإن أمكن تنفيذها على الولي نفسه نفذت وإلا كانت باطلة.

أما التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية والكفالة بالمال، والتصرفات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء بغبن يسير أو بمثل القيمة، فتكون صحيحة نافذة.

إذا أخل الولي بأحد هذه الشروط، جاز للقاضي تبديله بسبب نقص الأهلية أو الكفر أو الفسق. فإن صار الولي غير أمين ضم القاضي إليه مساعداً آخر يعينه.

تصرفات الولي ومدى صلاحياته:

يتبين من شروط الولي أنه ليس له مباشرة أي تصرف يلحق ضرراً محضاً بالمولى عليه كالتبرع من ماله، وله أن يتصرف فيما يحقق مصلحة القاصر، كحفظ أمواله وإدارتها واستثمارها، والإنفاق الضروري عليه، وشراء ما لا بد له منه، وبيع المنقولات، وعلى الأب الإنفاق على الصغير إن لم يكن له مال، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٣٣].

فإن كان للصغير مال أنفق عليه من ماله. وجاز للأب المحتاج أن يأخذ نفقته الضرورية من مال الصغير، لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٤/ ٦].

وأما بيع عقار القاصر: فالمفتى به في مذهب الحنفية: أنه يجوز للأب بيع عقار

= لا يجوز أن يكون وصياً:

أ ـ المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة الائتمان، أو تزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة.

ب ـ المحكوم بإفلاسه إلى أن يعاد إليه اعتباره.

ج ـ من قرر الأب أو الجد عند عدمه حرمانه من التعيين قبل وفاته إذا ثبت ذلك ببينة خطية.

د ـ من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي، أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر.

القاصر مثل القيمة فأكثر، ولا يجوز ذلك للوصي عند متأخري الحنفية إلا للضرورة كبيعه لتسديد دين لا وفاء له إلا بهذا المبيع(١).

ثم قرر قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢/ ١٧٢) أنه لا يجوز للأب (أي ولا للوصي)(٢) بيع عقار القاصر أو رهنه إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسوغ، كبيعه للنفقة أو لوفاء الدين.

هذا مجمل صلاحيات أو سلطات الولي في التصرفات، وتفصيل أحكام تصرفات كل ولي على حدة محله كتب الفقه(٣).

الوكالة:

الوكالة: نيابة شرعية عن الغير حال الحياة، وهي نوع من الولاية كما تقدم، وأبحث فيها ما يأتي: تعريفها، ركنها، شروطها، أنواعها وتصرفات الوكيل، هل للوكيل توكيل غيره؟ تعدد الوكلاء، الفرق بين الرسول والوكيل، حكم العقد وحقوقه في حال التوكيل، انتهاء الوكالة.

تعريف الوكالة ومشروعيتها:

الوكالة في اللغة تطلق ويراد بها إما ا لحفظ، كما في قوله تعالى: ﴿وَقَالُواْ حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ﴾ [آل عمران: ٣/١٧٣] أي الحافظ. وإما التفويض، كما في قوله سبحانه: ﴿وَعَلَى ٱللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ ٱلْمُتَوَكِّلُونَ﴾ [إبراهيم: ١٤/١٢] ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى ٱللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُم﴾ [هود: ١١/٥٦] ويقال: وكل أمره إلى فلان: أي فوضه إليه واكتفى به.

وعند الفقهاء يراد بها المعنيان، وإن كان المعنى الأول تبعاً والثاني هو الأصل. وعبارة الحنفية(٤) في تعريفها: هي إقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم. أو هي: تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل.

---

(١) تكملة فتح القدير مع العناية: ٨/ ٤٩٩ وما بعدها، مجمع الضمانات للبغدادي: ص ٤٠٨.

(٢) وقد نصت المادة (١٨٢) من قانوننا السوري على ذلك، فلم تجز للوصي التصرفات الناقلة للملكية في مال القاصر إلا بإذن المحكمة مباشرة.

(٣) انظر الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٤٩٤ ومابعدها، تكملة الفتح: ٨/٤٩٨ ومابعدها، مجمع الضمانات: ص ٤٠٧ ومابعدها.

(٤) تبيين الحقائق: ٤/ ٢٥٤، البدائع: ٦/ ١٩، رد المحتار: ٤/ ٤١٧.

وعبارة المالكية والشافعية والحنابلة[1] في تعريفها: هي تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته. وضابط ما يقبل النيابة هو ما يأتي:

هو كل تصرف جاز للشخص مباشرته بنفسه ولو من حيث المبدأ جاز له التوكيل فيه.

والناس قديماً وحديثاً بحاجة يومية إلى الوكالة في كثير من أحوالهم وأمورهم، إما أنفة أو عدم لياقة بمباشرة الشيء بالذات كتوكيل الأمير أو الوزير، وإما عجزاً عن الأمر كتوكيل المحامين في الخصومات، والخبراء بالبيع والشراء في التجارات.

لذا أقرتها الشرائع السماوية، قال تعالى في القرآن الكريم حكاية عن أصحاب الكهف: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ فَلۡيَنظُرۡ أَيُّهَآ أَزۡكَىٰ طَعَامٗا فَلۡيَأۡتِكُم بِرِزۡقٖ مِّنۡهُ﴾ [الكهف: ١٨/١٩] الآية. وفي السنة النبوية: وكل النبي ﷺ حكيم بن حزام (أو عروة البارقي) بشراء شاة أضحية[2]. ووكل عمرو ابن أمية الضمري في زواج أم حبيبة بنت أبي سفيان وهي بالحبشة[3]. ووكل في القيام بأعمال الدولة كجباية الزكاة وإدارة الجيش وولاية الأقاليم.

الوكالة بأجر: تصح الوكالة بأجر، وبغير أجر، لأن النبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات، ويجعل لهم عمولة[4]. فإذا تمت الوكالة بأجر، لزم العقد، ويكون للوكيل حكم الأجير، أي أنه يلزم الوكيل بتنفيذ العمل، وليس له التخلي عنه بدون عذر يبيح له ذلك، وإذا لم يذكر الأجر صراحة حكم العرف: فإن كانت مأجورة عادة كتوكيل المحامين وسماسرة البيع والشراء، لزم أجر المثل، ويدفعه أحد العاقدين بحسب العرف. وإن كانت غير مأجورة عرفاً، كانت مجاناً، أو تبرعاً، عملاً بالأصل في الوكالات: وهو أن تكون بغير أجر على سبيل التعاون في

---

(١) مغني المحتاج: ٢/٢١٧، الشرح الكبير للدردير، ٣/٣٧٧، غاية المنتهى: ٢/١٤٧.

(٢) توكيل حكيم رواه أبو داود والترمذي عن حكيم بن حزام نفسه، وتوكيل البارقي رواه أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عروة نفسه (نيل الأوطار: ٥/ ٢٧٠).

(٣) رواه أبو داود في سننه (١/ ٤٦٨).

(٤) التلخيص الحبير: ١/١٧٦، ٢٥١، ٢٧٥.

الخير. وهذا النوع لا يلزم فيه المضي في العمل، بل للوكيل التخلي عنه في أي وقت. وهذا مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة[١]. وقال الشافعية: الوكالة ولو بجُعل جائزة أي غير لازمة من الجانبين[٢].

ركن الوكالة: ركن الوكالة: الإيجاب والقبول، الإيجاب من الموكل كأن يقول: وكلتك بكذا، أو افعل كذا، أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه. والقبول من الوكيل كأن يقول: قبلت ونحوه. ولا يشترط في القبول كونه لفظاً أو قولاً، وإنما يصح أن يكون بالفعل. فإذا علم الوكيل بالتوكيل، فباشر التصرف الموكل فيه، اعتبر ذلك قبولاً، ولا يشترط في الوكالة (كما عرفنا في بحث مجلس العقد) اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، وإنما يكفي العلم بالوكالة ومباشرة التصرف.

والوكالة بغير أجر عقد جائز غير لازم[٣] أي يجوز لأحد العاقدين فسخه متى شاء.

والوكالة باعتبارها إطلاقاً في التصرف يصح أن تكون منجزة في الحال، كأنت وكيلي من الآن في كذا، كما يصح عند الحنفية والحنابلة[٤]: أن تكون مضافة إلى وقت في المستقبل، كأنت وكيلي في الدعوى الفلانية في الشهر القادم، أو معلقة على شرط، مثل: إن قدم فأنت وكيلي في بيع هذا الكتاب، لحاجة الناس إلى ذلك.

وقال الشافعية في الأصح: لا يصح تعليق الوكالة بشرط من صفة أو وقت، مثل: إن قدم زيد أو رأس الشهر فقد وكلتك بكذا، لما في التعليق من غرر (أي احتمال)، لكن يصح عندهم جعل الوكالة منجزة في الحال، واشتراط بدء التصرف معلقاً على شرط، مثل أنت وكيلي الآن في بيع هذه الأرض، ولكن لا تبعها إلا بعد شهر، أو إلا إذا تركت وظيفتي.

---

(١) تكملة فتح القدير: ٦/ ١٢٣، المغني: ٥/ ٨٥، القوانين الفقهية: ص ٣٢٩، الشرح الكبير: ٣/ ٣٩٦ ومابعدها.

(٢) نهاية المحتاج: ٤/ ٣٨ ومابعدها.

(٣) بداية المجتهد: ٢/ ٢٩٧، المغني: ٥/ ١١٣، غاية المنتهى: ٢/ ١٥٤، مغني المحتاج: ٢/ ٢٣١ ومابعدها، الدر المختار: ٤/ ٤٣٣.

(٤) البدائع: ٦/ ٢٠، غاية المنتهى: ٢/ ١٤٧، المغني: ٥/ ٨٥.

شروط الوكالة:

يشترط لصحة الوكالة شروط في الموكل وفي الوكيل وفي المحل الموكل فيه.

أما الموكل: فيشترط فيه أن يكون مالكاً للتصرف الذي يوكل فيه أي أهلاً لممارسته؛ لأن من لم يملك التصرف لا يملك تمليكه لغيره. فلا يصح التوكيل أصلاً من فاقد الأهلية كالمجنون أو الصبي غير المميز، ولا من ناقص الأهلية أي المميز في التصرفات الضارة به كالطلاق والهبة. ويصح التوكيل من المميز في التصرف النافع له كقبول الهبة، كما يصح منه التوكيل بإجازة وليه في التصرفات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والإيجار. ويصح التوكيل من المحجور عليه للسفه أو الغفلة فيما يباح له من التصرفات. ويصح للمرأة التوكيل في مباشرة عقد زواجها. وهذا عند الحنفية[(١)].

وقال غير الحنفية (المالكية والشافعية والحنابلة)[(٢)]: لا يصح التوكيل من الصبي مطلقاً؛ إذ لا يصح عندهم مباشرته لأي تصرف. كما لا يصح للمرأة توكيل امرأة أخرى في إبرام عقد زواجها. ويصح لها عند المالكية توكيل الرجل في ذلك.

وأما الوكيل: فيشترط فيه أن يكون عاقلاً، فيصح أن يكون المميز وكيلاً، سواء أكان مأذوناً في التجارة أم محجوراً. ولا يصح جعل المجنون والمعتوه وغير المميز وكيلاً في التصرفات لعدم اعتبار عبارتهم. هذا عند الحنفية[(٣)].

وقال غير الحنفية[(٤)]: وكالة الصبي غير صحيحة، لأنه غير مكلف بالأحكام الشرعية، فلا تصح مباشرة التصرف لنفسه، فلا يصح توكيله عن غيره. ولا يصح أن تكون المرأة وكيلة عن غيرها في مباشرة عقد الزواج؛ لأنها لا تملك مباشرة عقدها بنفسها فلا تملك مباشرة عقد غيرها.

---

(١) البدائع: ٦/ ٢٠، تكملة فتح القدير: ٦/ ١٢.

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة: ٣/ ٢٣٦ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢/ ٢١٧، المهذب: ١/ ٣٤٩.

(٣) المبسوط: ١٩/ ١٥٨، البدائع: ٦/ ٢٠، رد المحتار: ٤/ ٤١٧.

(٤) بداية المجتهد: ٢/ ٢٩٧.

وأما الموكل فيه (محل الوكالة): فيشترط فيه ما يأتي[١]:

١ - أن يكون معلوماً للوكيل: فلا يصح التوكيل بالمجهول جهالة فاحشة، مثل: اشتر لي أرضاً أو جوهراً أو داراً، ويصح مع الجهالة اليسيرة مثل: اشتر لي صوفاً انكليزياً، أو اشتر لي صوفاً بسعر كذا.

٢ - أن يكون التصرف مباحاً شرعاً: فلا يجوز التوكيل في فعل محرم شرعاً، كالغصب أو الاعتداء على الغير.

٣ - أن يكون مما يقبل النيابة، كالبيع والشراء والإجارة والتبرع، ورد الودائع وقضاء الديون ونحوها.

وذلك لأن التصرفات بالنظر لقبولها النيابة وعدم قبولها أنواع ثلاثة:

نوع يقبل النيابة اتفاقاً، كما تقدم.

ونوع لا يقبل النيابة اتفاقاً، كاليمين، والعبادات الشخصية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث.

ونوع مختلف فيه كاستيفاء القصاص والحدود الشرعية. فقال الحنفية[٢]: لايجوز التوكيل فيها، بل لا بد من حضور الموكل وقت الاستيفاء (أي التنفيذ)، ولأن غيبته شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

وقال غير الحنفية[٣]: يجوز التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص، سواء أحضر الموكل أم غاب؛ لأن الحاجة قد تدعو لذلك، ولأن الوكيل كالأصيل.

أنواع الوكالة: للوكالة أنواع منها ما يأتي:

أولاً ــ الوكالة الخاصة والعامة: قد تكون الوكالة خاصة وقد تكون عامة[٤].

---

(١) البدائع: ٦/ ١٢ ومابعدها، بداية المجتهد: ٢/ ٢٩٧، الشرح الكبير: ٣/ ٣٧٧ ومابعدها، مغني المحتاج: ٢/ ٢١٩ ومابعدها، المغني: ٥/ ٨٣.

(٢) المبسوط: ١٩/ ٩، ١٠٦، فتح القدير: ٦/ ١٠٤، البدائع: ٦/ ٢١، رد المحتار والدر المختار: ٤/ ٤١٨.

(٣) بداية المجتهد: ٢/ ٢٩٧، الشرح الكبير: ٣/ ٣٧٨، المغني: ٥/ ٨٤، مغني المحتاج: ٢/ ٢٢١، المهذب: ١/ ٣٤٩.

(٤) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٤١٦، بداية المجتهد: ٢/ ٢٩٧.

الوكالة الخاصة: هي الإنابة في تصرف معين، كبيع أرض أو سيارة معينة، وإجارة عقار محدد، وتوكيل في دعوى معينة. وحكمها: أن الوكيل مقيد بما وكل فيه، وإلا كان فضولياً.

والوكالة العامة: هي الإنابة العامة في كل تصرف أو شيء، مثل أنت وكيلي في كل التصرفات، أو في كل شيء، أو اشتر لي ما شئت أو ما رأيت، وحكمها أن الوكيل يملك كل تصرف يملكه الموكل وتجوز النيابة فيه، ما عدا التصرفات الضارة بالموكل كالتبرعات من هبة ووقف ونحوهما، والإسقاطات من طلاق وإبراء ونحوهما. فلا يملك الوكيل هبة شيء من أموال الموكل، ولا طلاق زوجة الموكل، إلا بالنص على ذلك صراحة.

ثانياً ــ الوكالة المقيدة والمطلقة: قد تكون الوكالة أيضاً مقيدة أو مطلقة[1].

الوكالة المقيدة: هي التي يقيد فيها تصرف الوكيل بشروط معينة، مثل وكلتك في بيع أرضي بثمن حال قدره كذا، أو مؤجل إلى مدة كذا، أو مقسّط على أقساط معينة. وحكمها: أن الوكيل يتقيد بما قيده به الموكل، أي أنه يراعي القيد ما أمكن، سواء بالنسبة للشخص المتعاقد معه أو لمحل العقد، أو بدل المعقود عليه. فإذا خالف الوكيل لا يلزم الموكل بالتصرف إلا إذا كان خلافاً إلى خير، فيلزمه، كأن يبيع الشيء الموكل ببيعه بأكثر من الثمن المحدد له، أو بثمن حال بدلاً من الثمن المؤجل أو المقسط. وإذا لم يلزم الموكل بالتصرف بسبب المخالفة، كان الوكيل فضولياً، ولزمه التصرف إن كان وكيلاً بالشراء لأنه متهم بالشراء لنفسه. أما الوكيل بالبيع إذا خالف أمر الموكل فيتوقف على إجازة الموكل، ولا يلزم الوكيل بالعقد، لتعذر تنفيذه عليه.

والوكالة المطلقة: هي التي لا يقيد فيها الوكيل بشيء مثل: وكلتك في بيع هذه الأرض، من غير تحديد ثمن معين، أو كيفية معينة لوفاء الثمن. وحكمها عند

---

(١) البدائع: ٦/ ٢٧ ومابعدها، مختصر الطحاوي: ص ١١٠ ومابعدها، المبسوط: ١٩/ ٣٩، الدر المختار: ٤/ ٤٢١ ومابعدها، مجمع الضمانات: ص ٢٤٩، تكملة فتح القدير: ٦/ ٧٠ وما بعدها.

أبي حنفية: أن المطلق يجري على إطلاقه، فللوكيل التصرف بأي ثمن قليلاً أو كثيراً، ولو بغبن فاحش، معجلاً أو مؤجلاً، صحيحاً أو مريضاً؛ لأن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه، ولا يجوز تقييده إلا بدليل، كوجود تهمة، ولا يعتمد على العرف، لأن العرف في البلاد متعارض.

وقال الصاحبان، وعلى رأيهما الفتوى، ورأيهما هو الراجح وبه قال الشافعية والحنابلة والمالكية[1]: يتقيد الوكيل بما تعارفه الناس، فإذا خالف المتعارف كان فضولياً في تصرفه، وتوقف نفاذه على رضا الموكل. فليس للوكيل بالبيع مثلاً أن يبيع بغبن فاحش: وهو ما لا يتساهل فيه الناس عادة، ولا أن يبيع بغير النقد الغالب في البلد، ولا أن يبيع بثمن مؤجل أو مقسط إلا إذا جرى العرف في مثله؛ لأن الوكيل منهي عن الإ ضرار بالموكل، مأمور بالنصح له.

وفي الزواج: ليس للوكيل أن يزوج الموكل بامرأة لا تكافئه، أو بمهر فيه غبن فاحش، فإن فعل ذلك كان تصرفاً موقوفاً على إجازة الموكل، فإن أجازه نفذ، وإلا بطل.

حكم تصرفات الوكيل:

يترتب على الوكالة ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل، وسأذكر أهم التصرفات في أهم أنواع الوكالات.

١- **الوكيل بالخصومة**: أي بالمرافعة أمام القضاء كالمحامي اليوم، يملك كل ما يتعلق بالدعوى وما لا بد منه فيها، ومن ذلك الإقرار على موكله عند الحنفية ما عدا زفر[2]؛ لأن مهمة الوكيل بيان الحق وإثباته، لا المنازعة فيه فقط، وبيان الحق قد يكون إنكاراً لدعوى الخصم، وقد يكون إقراراً.

---

(١) الشرح الكبير: ٣/ ٣٨٢، المهذب: ١/ ٣٥٣ ومابعدها، مغني المحتاج: ٢/ ٢٢٣- ٢٢٩، بداية المجتهد: ٢/ ٢٩٨، المغني: ٥/ ١٢٤، قواعد الأحكام لابن عبد السلام: ٢/ ١٠٧، ط الاستقامة.

(٢) البدائع: ٦/ ٢٤، تكملة الفتح: ٦/ ١٠، المبسوط: ١٩/ ٤، الدر المختار: ٤/ ٤٣٠، الكتاب مع شرحه اللباب: ٢/ ١٥١.

وقال زفر وأئمة المذاهب الثلاثة الأخرى[١]: لا يقبل إقرار الوكيل بالخصومة على موكله بقبض الحق وغيره، لأن التوكيل بالخصومة معناه التوكيل بالمنازعة، والإقرار مسالمة، لأنه يترتب عليه إنهاء الخصومة، فلا يملكه الوكيل كالإبراء. كذلك يملك الوكيل بالخصومة قبض المال المحكوم به لموكله عند الحنفية ما عدا زفر[٢]؛ لأن هذا من تمام الخصومة، والخصومة لا تنتهي إلا بالقبض، والوكيل أمين على مصالح موكله[٣].

وقال زفر والشافعية والحنابلة[٤]: لايملك القبض، لأن الرجل الثقة بالتقاضي والمخاصمة قد لايكون أميناً في قبض الحقوق.

٢- **الوكيل بالبيع**: إذا كان مقيد التصرف يتقيد بالقيد الذي حدده له الموكل بالاتفاق بين الفقهاء، فإذا خالف القيد، لاينفذ تصرفه على الموكل، ولكن يتوقف على إجازته، إلا إذا كانت مخالفته إلى خير؛ لأنه محقق لمقصود الموكل ضمناً. فإذا كان وكيلاً بالبيع بثمن ما، فباع بأقل، لا ينفذ، لأنه خلاف إلى شر، وإن باع بأكثر، نفذ، لأنه خلاف إلى خير، وإذا وكل بالبيع نقداً فباع مؤجلاً لم ينفذ إلا بإجازة الموكل، وإذا وكل بالبيع مؤجلاً فباع نقداً، نفذ.

وإن كان الوكيل مطلق التصرف: فيعمل عند أبي حنيفة بمقتضى الإطلاق، فله أن يبيع بأي ثمن كان، قليلاً أو كثيراً، حتى بالغبن الفاحش، عاجلاً أو آجلاً، كما أوضحت سابقاً، عملاً بإطلاق الحرية للوكيل بالتصرف.

وقال الصاحبان وبرأيهما يفتى، وبقية الأئمة الثلاث: يتقيد الوكيل المطلق بالمتعارف، فلا يبيع إلا بالنقود المتداولة، وبمثل القيمة، وبالمعجل، فلا يبيع

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٢٩٧، الشرح الكبير: ٣/ ٣٧٩، المهذب: ١/ ٣٥١، المغني: ٥/ ٩١.

(٢) البدائع: ٦/ ٢٤ ومابعدها، تكملة فتح القدير: ٦/ ٩٦، المبسوط: ١٩/ ١٩، مجمع الضمانات: ص ٢٦١.

(٣) قال المرغيناني صاحب الهداية: والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله، لظهور الخيانة في الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال.

(٤) المهذب: ١/ ٣٥١، المغني: ٥/ ٩١.

بالأعيان، ولا بما لا يتغابن الناس فيه عادة، أي بالغبن اليسير، ولا بالنسيئة المؤجلة[١].

وفي حال المخالفة يكون العقد موقوفاً على إجازة الموكل عند الحنفية، باطلاً عند الشافعية.

وليس للوكيل بالبيع عند أبي حنيفة أن يبيع لنفسه ولا لزوجته وأبيه وجده وولده وسائر من لا تقبل شهادته له؛ لأنه متهم في ذلك بمراعاة مصلحته أو إيثار العين المبيعة لأقاربه.

وقال الصاحبان: يجوز له أن يبيع لهؤلاء لا لنفسه بمثل القيمة أو أكثر؛ لأن التوكيل مطلق، والبيع لأحد من هؤلاء أو غيرهم سواء، ولا تهمة هنا؛ لأن ملكه وأملاكهم متباينة، فالمنافع منقطعة فيما بينهم[٢].

وتوسط غير الحنفية بين الرأيين، فأجاز المالكية للوكيل بالبيع أن يبيع لزوجته ووالده الرشيد إذا لم يحابهما، ولم يجيزوا له البيع لنفسه أو من في رعايته من صغير أو سفيه أو مجنون[٣].

وأجاز الشافعية في الأصح وفي رواية عن أحمد له البيع بمثل القيمة لأبيه وجده وابنه البالغ وسائر فروعه المستقلين عنه لعدم التهمة، ولم يجيزوا له أن يبيع لنفسه وولده الصغير أو المجنون أو السفيه[٤].

٣- **الوكيل بالشراء**: مثل الوكيل بالبيع من التقيد بما قيده به الموكل، في الثمن وفي جنس المشترى ونوعه وصفته، أو إطلاق الحرية في التصرف إذا كانت الوكالة مطلقة. فإذا خالف الوكيل أحد القيود لا يلزم الموكل بالشراء، إلا إذا كان خلافاً

---

(١) المراجع السابقة في بحث الوكالة المقيدة والمطلقة.

(٢) البدائع: ٢٨/٦، تكملة فتح القدير: ٦٧/٦ ومابعدها، رد المحتار: ٤٢٤/٤، مجمع الضمانات: ص ٢٦١.

(٣) الشرح الكبير: ٣٨٧/٣ وما بعدها.

(٤) مغني المحتاج: ٢٢٤/٢ ومابعدها، نهاية المحتاج: ٢٦/٤ ومابعدها، المغني: ١٠٧/٥ ومابعدها.

إلى خير، فيلزمه. ووقع الشراء للوكيل نفسه باتفاق الفقهاء[١]، بعكس الوكيل بالبيع؛ لأن المشتري قد يتهم بأنه كان يريد الشراء لنفسه، فلما تبين أنه غبن غبناً فاحشاً أظهر أنه يشتري باسم موكله.

كذلك لا يملك الوكيل بالشراء عند أبي حنيفة كالوكيل بالبيع أن يشتري من نفسه، أو زوجته أو أبيه أو جده، أو ولده وولد ولده، وكل من لا تقبل شهادته له للتهمة في ذلك.

وقال الصاحبان: يجوز إذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل أو بزيادة يتغابن الناس في مثلها عادة[٢].

٤- **الوكالة في الزواج والطلاق، والإجارة والرهن** ونحوها من إدارة الأموال: يتقيد الوكيل في ذلك بما يقيده به الموكل، وليس له أن يتصرف بما فيه ضرر.

٥- هل للوكيل توكيل غيره؟

إذا كانت الوكالة خاصة أو مقيدة بأن يعمل الوكيل بنفسه، لم يجز له توكيل غيره فيما وكل فيه.

وإن كانت الوكالة مطلقة أو عامة بأن قال له: اصنع ما شئت، جاز له توكيل الغير، ويكون هذا الغير وكيلاً مع الأول عن الموكل. هذا عند الحنفية[٣].

وقال المالكية[٤]: ليس للوكيل أن يوكل غيره إلا أن يكون الوكيل لا يليق به تولي ما وكل فيه بنفسه، كأن يكون وجيهاً، والموكل به حقير فله التوكيل حينئذ.

وقال الشافعية والحنابلة[٥]: ليس للوكيل أن يوكل غيره بلا إذن الموكل متى كان

---

(١) البدائع: ٦/ ٢٩ ومابعدها، مختصر الطحاوي: ص ١١٠ ومابعدها، المبسوط: ١٩/ ٣٩، تكملة فتح القدير: ٦/ ٧٥. الدر المختار: ٤/ ٤٢١، مغني المحتاج: ٢/ ٢٢٩، المهذب: ١/ ٣٥٤، بداية المجتهد: ٢/ ٢٩٨، الشرح الكبير: ٣/ ٣٨٢، المغني: ٥/ ١٢٤، ١٠٧.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) البدائع: ٦/ ٢٥، تكملة فتح القدير: ٦/ ٨٩ ومابعدها.

(٤) الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٣٨٨.

(٥) مغني المحتاج: ٢/ ٢٢٦، المغني: ٥/ ٨٨.

قادراً على ما وكل فيه. أما إذا لم يكن قادراً على القيام بكل ما وكل فيه، فله أن يوكل غيره ويكون الوكيل الثاني وكيلاً مع الأول عن الموكل.

٦- تعدد الوكلاء:

قد يتعدد الوكلاء عن الشخص الواحد في التصرفات والخصومات، أو المرافعة أمام القضاء، كما يحدث عادة في كثير من ا لأحيان، فيكون هناك وكيلان أو أكثر في القضايا الخطيرة. ويعرف تفصيل حكم تصرفات الوكلاء مما يأتي[١].

فإن تعدد الوكلاء كلاً في عقد خاص وأعمال خاصة، كان لكل منهم أن ينفرد في مباشرة ما وكل فيه دون استشارة غيره. وإن كان العمل واحداً، فلكل واحد القيام به وحده أيضاً، فتنتهي حينئذ وكالة الآخرين.

وإن كان التوكيل للجميع في عقد واحد، فليس لأحدهم ـ دون إذن الموكل ـ الانفراد بالتصرف بما وكلوا فيه؛ لأن تعددهم كان بقصد تحقيق التعاون والتشاور فيما بينهم ضماناً لصالح الموكل، ويستثنى من ذلك ما لا يحتاج من التصرفات لتبادل الرأي كرد الودائع ووفاء الديون، أو ما لا يمكن فيه الاجتماع كالمرافعة أمام القضاء، بشرط إعداد مذكرات الدفاع بالاشتراك بين جميع الوكلاء.

الفرق بين الوكالة والرسالة:

يحسن بيان الفرق بين الوكيل والرسول تمهيداً لمعرفة من يلتزم بحقوق العقد، إذ يختلف الوكيل عن الرسول[٢].

فالوكيل: هو الذي يتصرف برأيه وعبارته وتقديره، فيساوم ويعقد العقود حسبما يرى من المصلحة، ويتحمل تبعات تصرفاته، ويستغني غالباً عن إضافة العقد إلى موكله، فيقول: بعت أو اشتريت كذا، لا: باع أو اشترى فلان، فإذا أسند العقد لموكله، صار مجرد سفير ومعبر عن كلام الأصيل، فيصبح عندئذ كالرسول.

---

(١) البدائع: ٦/ ٣٢، تكملة فتح القدير: ٦/ ٨٦-٨٨.

(٢) راجع مختصر أحكام المعاملات الشرعية لأستاذنا علي الخفيف: ص ١١٧ ومابعدها.

والرسول: هو الذي يقتصر على نقل عبارة مرسله، دون أن يتصرف برأيه وإرادته، وإنما يبلِّغ عبارة المرسِل، وينقل رغبته وإرادته في التصرف، فيقول للمرسل إليه: أرسلني فلان لأبلغك كذا، فيضيف عبارته دائماً للمرسل، ولا يتحمل شيئاً من التزامات التعاقد.

حكم العقد وحقوقه في الوكالة:

حكم العقد: هو الغرض والغاية منه. ويراد به هنا الأثر الذي يترتب على العقد شرعاً. ففي عقد البيع: يكون الحكم: هو ثبوت ملكية المبيع للمشتري واستحقاق الثمن للبائع، وفي عقد الإجارة: الحكم هو تملك المستأجر المنفعة، واستحقاق الأجرة للمؤجر.

واتفق الفقهاء على أن حكم العقد الذي يتم بواسطة وكيل: يقع مباشرة للموكل نفسه، لا للوكيل؛ لأن الوكيل يعمل في الحقيقة لموكله وبأمره، فهو قد استمد ولايته منه[١]. ويترتب عليه أن المسلم لو وكل غير مسلم في شراء خمر أو خنزير، لم يصح الشراء؛ لأن المسلم ليس له أن يتملك شيئاً من هذين.

حقوق العقد: هي الأعمال والالتزامات التي لا بد منها للحصول على حكمه أو على الغاية والغرض منه، مثل تسليم المبيع، وقبض الثمن، والرد بالعيب أو بسبب خيار الشرط أو الرؤية، وضمان رد الثمن، إذا استحق[٢] المبيع مثلاً.

فإذا باشر المرء العقد بنفسه ولمصلحته عاد إليه حكم العقد وحقوقه. وأما إن توسط وكيل في إجراء العقد وإبرامه، عاد حكم العقد إلى الموكل كما عرفنا، وأما حقوق العقد فتارة ترجع إلى الموكل، وتارة ترجع إلى الوكيل بحسب نوع التصرف الذي يتولاه الوكيل.

---

(١) تبيين الحقائق: ٢٥٦/٤، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص١٣٧، المغني لابن قدامة: ٥/ ١٣٠، مغني المحتاج: ٢/ ٢٢٩ ومابعدها، بداية المجتهد: ٢/ ٢٩٨.

(٢) الاستحقاق: هو أن يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره ويثبتها بالبينة، ويقضى له بها.

والتصرفات التي يمارسها الوكيل نوعان:

النوع الأول ـ ما يلزم أن يضيفه الوكيل إلى الموكل، ولا يجوز له إضافته إلى نفسه، فإن أضافه إلى نفسه وقع العقد له لا للموكل، مثل الزواج والطلاق والخلع، والعقود العينية أي التي لا تتم إلا بالقبض وهي خمسة (الهبة والإعارة والإيداع والقرض والرهن). يلزم الوكيل أن يقول حين إبرام العقد: قبلت زواج فلانة لفلان، وطلقت امرأة فلان، ووهبتك من مال فلان، ولا يصح أن يقول: تزوجت أو طلقت على كذا و وهبت؛ فينصرف أثر التصرف إليه، أي أن الزواج يكون للوكيل حينئذ لا للموكل، ويقع الطلاق عنه، لا عن الموكل، ويلزم الهبة من ماله لا من مال الموكل.

وحكم هذا النوع أن حقوق التصرف ترجع إلى الموكل، ولا يطالب الوكيل منها بشيء أصلاً؛ لأن الوكيل في هذه التصرفات يكون سفيراً ومعبراً محضاً عن الموكل. فإذا كان الشخص وكيلاً عن الزوج لا يطالب بالمهر، وإنما يطالب الزوج، وإذا كان وكيلاً عن المرأة لا يطالب بإزفافها إلى بيت زوجها، وإنما تطالب المرأة أو وليها. ولو كان وكيلاً عن الواهب لايلزم الوكيل بتسليم العين الموهوبة، وإنما يطــالـب الموكل نفسه، ولا يلزم الوكيل بتسليم الموهوب إذا كان وكيلاً عن الموهوب له.

النوع الثاني: ما لا يلزم أن يضيفه الوكيل إلى الموكل، وإنما يصح إضافته له أو لنفسه كالمعاوضات المالية، مثل البيع والشراء والإجارة والصلح الذي هو في معنى البيع (أي الصلح بعوض عن إقرار) فيصح أن يقول الوكيل: بعت أو اشتريت، كما يصح أن يقول: بعت مال فلان، واشتريت لفلان.

وحكم هذا النوع: أن الوكيل إذا أضاف التصرف للموكل، مثل: اشتريت لفلان، رجعت الحقوق للموكل، ولزمته هو، ولا يطالب الوكيل بشيء، لأنه في هذه الحالة مجرد سفير ومعبر عن الأصيل.

وإن أضاف الوكيل التصرف لنفسه رجعت إليه الحقوق دون الموكل؛ لأنه هو الذي باشر العقد ولا يعرف الطرف الآخر سواه. فإذا كان وكيلاً عن البائع لزمه

تسليم المبيع للمشتري، وقبض الثمن. وإذا كان وكيلاً عن المشتري واطلع على عيب المبيع، أو أظهر أن المبيع مستحق لغير البائع، كان هو المكلف بمقاضاة البائع وخصومته، ويلزمه ضمان الثمن للمشتري حال استحقاق المبيع، كما يلزمه دفع الثمن للبائع إذا كان المبيع سليماً من العيوب.

ويستثنى من ذلك ما إذا كان العاقد ليس من أهل لزوم العهدة (أي ليس أهلاً للمسؤولية والتزام الحقوق) إما لنقص أهليته كالصبي المحجور عن التصرف، أو لانشغاله كالقاضي وأمين القاضي، فترجع الحقوق حينئذ للموكل نفسه، لا إلى الوكيل.

هذا هو مذهب الحنفية[١]. ويوافقهم المالكية والشافعية[٢] في ذلك أي في أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل.

وقال الحنابلة[٣]: إن حقوق العقد ترجع للموكل دون الوكيل؛ لأن الوكيل عندهم مجرد سفير ومعبر عن العاقد الأصيل. لكن في هذا الرأي إضاعة للغرض من الوكالة؛ لأن الموكل يوكل غيره في أموره ليخفف عن نفسه عناء مباشرته لها، أو لأنه لا يليق به أن يباشرها، أو لعدم قدرته على القيام بها، فإذا عادت الحقوق للموكل نفسه لم يتحقق له الغرض من الوكالة[٤].

انتهاء الوكالة:

تنتهي الوكالة بأحد الأمور التالية[٥]:

---

(١) البدائع: ٦/ ٣٣ ومابعدها، تكملة فتح القدير: ٦/ ١٦ ومابعدها، تبيين الحقائق: ٤/ ٢٥٦، رد المحتار: ٤/ ٤١٩، الكتاب مع اللباب: ٢/ ١٤١.

(٢) المدونة الكبرى: ١٠/ ٨٣، ١٨٦، الشرح الصغير: ٣/ ٥٠٦ ومابعدها، نهاية المحتاج: ٤/ ٤٧، مغني المحتاج: ٢/ ٢٣٠.

(٣) كشاف القناع: ٢/ ٢٣٨، المغني: ٥/ ٩٧، مطالب أولي النهي شرح غاية المنتهى: ٣/ ٤٦٢.

(٤) الأموال ونظرية العقد للمرحوم محمد يوسف موسى: ص٣٧٦.

(٥) انظر عند الحنفية: البدائع: ٦/ ٣٧ ومابعدها، تكملة فتح القدير: ٦/ ١٢٣ ومابعدها، الدر المختار: ٤/ ٤٣٤، تبيين الحقائق: ٤/ ٢٨٦ ومابعدها، وعند المالكية: بداية المجتهد: ٢/ ٢٩٨، الشرح الكبير: ٣/ ٣٩٦، وعند الشافعية: مغني المحتاج: ٢/ ٢٣٢، المهذب: ١/ ٣٥٧، وعند الحنابلة: المغني: ٥/ ١١٣، غاية المنتهى: ٢/ ١٥٤ ومابعدها.

١ - انتهاء الغرض من الوكالة: بأن يتم تنفيذ التصرف الذي وكل فيه الوكيل، إذ يصبح العقد غير ذي موضوع.

٢ - قيام الموكل بالعمل الذي وكل فيه غيره: كأن يبرم البيع الذي وكل فيه غيره.

٣ - خروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية: بموت، أو جنون استمر شهراً، أوحجر لسفه؛ لأن الوكالة تتطلب استمرار الأهلية للتصرفات، فإذا زالت الأهلية بطلت الوكالة. والوكيل يستمد ولايته من الموكل.

ولا يشترط عند الحنفية والشافعية والحنابلة أن يعلم العاقد بخروج الطرف الآخرعن الأهلية بهذه العوارض. وقال المالكية: الأرجح أن الوكيل لا ينعزل بموت الموكل حتى يعلم به.

٤ - استقالة الوكيل: إذا تنازل الوكيل عن الوكالة أو استقال، أو رفض الاستمرار في العمل، انتهت الوكالة؛ لأن الوكالة بغير أجر كما تقدم عقد غير لازم، يجوز للوكيل أن يتنازل عنها في أي وقت. لكن يشترط عند الحنفية في هذه الحالة أن يعلم الموكل بهذا التنازل، حتى لا يتضرر بما فعل الوكيل، ولم يشترط الشافعي علم الموكل بعزل الوكيل نفسه.

٥ - هلاك العين الموكل بالتصرف فيها، بيعاً أو شراءً أو إيجاراً؛ لأن العقد يصبح غير ذي موضوع. فإذا انهدمت الدار الموكل في شرائها، أو ماتت المرأة الموكل في تزوجها، بطلت الوكالة، لعدم تصور التصرف في المحل المعقود عليه بعد هلاكه.

٦ - عزل الموكل وكيله: لأن الوكالة كما عرفنا عقد غير لازم، فللموكل إنهاء الوكالة في أي وقت شاء. لكن يشترط لصحة العزل عند الحنفية شرطان:

أحدهما: علم الوكيل بالعزل، حتى لا يلحقه ضرر بإبطال ولايته فيما إذا تصرف تصرفاً يوجب عليه الضمان، بدفع الثمن مثلاً، وتملك المبيع.

وهذا شرط أيضاً في الأرجح عند المالكية.

وقال الشافعية في الأصح عندهم، والحنابلة في الأرجح لديهم: لا يشترط علم

الوكيل بالعزل؛ لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه، فلا يحتاج إلى علمه كالطلاق.

ثانيهما: ألا يتعلق بالوكالة حق لغير الموكل: فإن تعلق بها حق لغيره لم يصح العزل إلا برضا صاحب الحق، كأن يوكل المدين الراهن شخصاً (هو الدائن أو غيره) ببيع الرهن وسداد الدين منه إذا حل الأجل، فلا يصح عزل الوكيل حينئذ بغير رضا الدائن صاحب الحق، لتعلق حقه بالموضوع.

وإذا وكل الزوج شخصاً بطلاق زوجته متى شاء، فلا يملك الزوج الموكل الرجوع عن الوكالة إلا برضا المرأة.

ولو أراد المدين السفر إلى بلد، فطلب منه دائنه أن يوكل عنه شخصاً ليخاصمه في طلب الدين وقت الحاجة، فوكل وكيلاً إجابة لطلبه وسافر، فليس له أن يعزل الوكيل إلا برضا الدائن.

الفضالة

قد ينعقد العقد بالفضالة التي تتخذ بالإجازة حكم الوكالة. فمن الفضولي، وما حكم تصرفاته عند الفقهاء، وما أثر إجازة تصرفاته، وما شروط صحة الإجازة، وهل يملك فسخ العقد الصادر منه قبل الإجازة؟

تعريف الفضولي: الفضولي في اللغة: هو من يشتغل بما لا يعنيه أو بما ليس له. وعمله هذا يسمى فضالة. وعند الفقهاء له معنى قريب من هذا. وهو من يتصرف في شؤون غيره، دون أن يكون له ولاية على التصرف. أو من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي كأن يزوج من لم يأذن له في الزواج، أو يبيع أو يشتري ملك الغير بدون تفويض، أو يؤجر أو يستأجر لغيره دون ولاية أو توكيل. فهذا التصرف يسمى فضالة.

حكم تصرفاته عند الفقهاء للفقهاء رأيان في تصرف الفضولي:

أولهما ــ للحنفية والمالكية[1] : تصرفات الفضولي تقع منعقدة صحيحة، لكنها

(١) البدائع: ١٤٨/٥ ومابعدها، فتح القدير مع العناية: ٣٠٩/٥ ومابعدها، رد المحتار: ٦/٤، ١٤٢، بداية المجتهد: ٢/ ١٧١، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٣/ ١٢، القوانين الفقهية: ص ٢٤٥.

موقوفة على إجازة صاحب الشأن: وهو من صدر التصرف لأجله، إن أجازه نفذ، وإن رده بطل[1]. واستدلوا على رأيهم بما يأتي:

أولاً ـ بعموم الآيات القرآنية الدال على مشروعية البيع، مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٧٥] والفضولي كامل الأهلية، فإعمال عقده أولى من إهماله، وربما كان في العقد مصلحة للمالك، وليس فيه أي ضرر بأحد؛ لأن المالك له ألا يجيز العقد، إن لم يجد فيه فائدة.

ثانياً ـ بما ثبت ـ في الحديث المتقدم في الوكالة ـ أن النبي ﷺ أعطى عروة البارقي ـ أحد أصحابه ـ ديناراً ليشتري له به شاة، فاشترى شاتين بالدينار، وباع إحداهما بدينار، وجاء للنبي ﷺ بدينار وشاة، فقال له «بارك الله لك في صفقة يمينك» فشراء الشاة الثانية وبيعها لم يكن بإذن النبي عليه السلام، وهو عمل فضولي جائز بدليل إقرار الرسول له.

وخلاصة هذا الرأي: أن الملكية أو الولاية هي من شروط نفاذ التصرف، فإذا لم يكن العاقد مالكاً ولا ولاية له، كان العقد موقوفاً.

الرأي الثاني ـ للشافعية والحنابلة والظاهرية[2]: تصرف الفضولي باطل، لا يصح ولو أجازه صاحب الشأن؛ لأن الإجازة تؤثر في عقد موجود، وهذا العقد لا وجود له منذ نشأته، فلا تصيره الإجازة موجوداً. واستدلوا بما يأتي:

---

(١) فرق الحنفية بين بيع الفضولي وشراء الفضولي. أما بيع الفضولي فينعقد صحيحاً موقوفاً على الإجازة، سواء أضاف الفضولي العقد لنفسه أم إلى المالك، وأما شراء الفضولي ففيه تفصيل:

إن أضاف الفضولي الشراء لنفسه نفذ العقد عليه، لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره، وإذا وجد العقد نفاذاً على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف. وإن أضاف الفضولي الشراء لغيره، أو لم يجد نفاذاً عليه لعدم الأهلية، كأن يكون العاقد صبياً أو محجوراً، انعقد الشراء صحيحاً موقوفاً على إجازة هذا الغير الذي تم الشراء له، فإن أجازه نفذ عليه، واعتبر الفضولي وكيلاً ترجع إليه حقوق العقد من حين نشوء العقد (البدائع: ٥/ ١٤٨-١٥٠، مختصر الطحاوي: ص ٨٣، الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ١٤٣).

(٢) المجموع للنووي: ٩/ ٢٨١، ٢٨٤ ومابعدها، مغني المحتاج: ٢/ ١٥، كشاف القناع: ٢/ ١١ ومابعدها، القواعد لابن رجب: ص ٤١٧، غاية المنتهى: ٢/ ٨، المحلى: ٨/ ٥٠٣، م ١٤٦٠.

أولاً ــ بأن تصرف الفضولي تصرف فيما لا يملك، وتصرف الإنسان فيما لا يملكه منهي عنه شرعاً، والنهي يقتضي عدم مشروعية المنهي عنه عندهم، وذلك في قوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»[١] أي ما ليس مملوكاً لك، وسبب النهي اشتمال العقد على الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد، وما يترتب عليه من النزاع.

وقالوا عن حديث عروة البارقي: إنه كان وكيلاً مطلقاً عن النبي ﷺ، وتصرفاته التي قام بها تنفذ، لأنها تمت بمقتضى وكالة خالف فيها الوكيل إلى خير، فينفذ تصرفه.

ثانياً ـ إن أي تصرف لا يوجد شرعاً إلا بتوافر الولاية والأهلية عند العاقد، وهذه الولاية لا تكون إلا بالملك أو بالإذن من المالك، والفضولي ليس مالكاً لما يتصرف فيه ولا مأذوناً له من المالك بالتصرف، فلا يكون لتصرفه وجود شرعاً، ولا يترتب عليه أي أثر.

وخلاصة هذا الرأي: أن الملكية أو الولاية من شروط انعقاد التصرف، فإذا لم يتوفر شرط الانعقاد كان التصرف باطلاً.

وقد أخذ القانون المدني السوري في مواد عشر (١٨٩-١٩٨) برأي الحنفية والمالكية، وطبق عليها قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي (م١٩١)، لكنه حصر الفضالة بقيام الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر، كما يفهم من تعريفها (م ١٨٩): «الفضالة: هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك».

شروط إجازة تصرف الفضولي:

اشترط الحنفية القائلون بصحة تصرف الفضولي شروطاً ثلاثة: أحدها في

---

(١) نص الحديث كما رواه أحمد: «إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه». وجاء في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فيما رواه الخمسة: «لا يحل سلف ولا بيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يَضْمن، ولا بيع ما ليس عندك» (نيل الأوطار: ١٥٧/٥، سبل السلام: ١٦/٣).

المجيز، وثانيها في الإجازة، وثالثها في نفس التصرف[١]:

١ - أن يكون للعقد مجيز[٢] حالة إنشاء العقد: أي أن يكون صاحب الشأن مستطيعاً إصدار العقد بنفسه، فإن لم يكن كذلك وقع العقد باطلاً من مبدأ الأمر، وعلى هذا إذا طلق فضولي امرأة زوج بالغ عاقل، أو وهب ماله، أو باعه بغبن فاحش، انعقد التصرف موقوفاً على الإجازة؛ لأن صاحب الشأن كان يستطيع أن يصدر هذه التصرفات بنفسه، فيستطيع إجازتها بعد وقوعها، فكان للتصرف مجيز حالة إنشائه.

أما لو فعل فضولي شيئاً من هذه التصرفات بالنسبة لصغير، فلا ينعقد التصرف أصلاً؛ لأن الصغير ليس أهلاً لهذه التصرفات الضارة، فلا يكون أهلاً لإجازتها، فلم يكن لها مجيز حين نشوء التصرف.

فإن كان التصرف قابلاً لإجازة ولي الصغير كالبيع بمثل القيمة أو أكثر، وكان للصغير ولي، انعقد موقوفاً على إجازته، أو على إجازة الصغير بعد البلوغ.

٢ - أن تكون الإجازة حين وجود العاقدين (الفضولي والطرف الآخر) والمعقود عليه وصاحب الشأن: فلو حصلت الإجازة بعد هلاك واحد من هؤلاء الأربعة، بطل التصرف، ولم تفد الإجازة شيئاً؛ لأن الإجازة تؤثر في التصرف، فلابد من قيام التصرف، وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه.

٣ - ألا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند رفض صاحب الشأن: مثل بيع ملك الغير أو إجارته، سواء أضاف العقد لنفسه أم لصاحب المال، ومثل شراء شيء لغيره أو استئجار شيء لغيره وأضاف العقد لذلك الغير. ففي كل هذه الحالات يكون العقد موقوفاً.

أما إذا أمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند عدم إجازته، فينفذ على الفضولي كشراء شيء أو استئجاره مضيفاً العقد لنفسه، فيلزمه هو.

---

(١) البدائع: ١٤٩/٥-١٥١، فتح القدير: ٣١١/٥، الدر المختار ورد المحتار: ١٤١/٤ ومابعدها، ١٤٦.

(٢) المجيز: هو صاحب المصلحة والشأن في التصرف، والذي له حق تقرير وإمضاء التصرف أو رفضه.

أثر إجازة تصرف الفضولي:

يترتب على الإجازة من صاحب الشأن أثران: أحدهما ـ جعل التصرف نافذاً. ثانيهما ـ جعل الفضولي وكيلاً يلتزم بحقوق التصرف؛ لأن «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»[١].

أما تاريخ نفاذ التصرف بالإجازة فيختلف بحسب نوع التصرف:

إن كان من التصرفات التي لا تقبل التعليق بالشرط كعقود المعاوضات المالية (البيع والإيجار ونحوهما) فإنها تنفذ من وقت إنشائها أي أن للإجازة أثراً رجعياً؛ لأن آثارها لا تتراخى عنها، وتكون زوائد الشيء وغلاته كالأجرة مملوكة لمن وقع العقد له، أي للمشتري في عقد البيع؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

وإن كان التصرف مما يصح تعليقه بالشرط كالكفالة والحوالة والوكالة والطلاق، فإنه ينفذ من وقت الإجازة؛ لأن هذه التصرفات معلقة في المعنى على الإجازة.

وإن كان التصرف يتطلب التسليم الفعلي كالهبة، فينفذ من وقت تسليم الموهوب له.

فسخ تصرف الفضولي:

تصرف الفضولي غير ملزم لصاحب الشأن، فيجوز حينئذ فسخه. والفسخ قد يكون من صاحب الشأن (البائع أو المشتري مثلاً)؛ لأن التصرف موقوف على رضاه وإجازته، فما لم يجزه لم يتم التصرف.

وقد يكون الفسخ من الفضولي نفسه في عقد البيع قبل إجازة المالك صاحب الشأن حتى يدفع عن نفسه الحقوق التي تلزمه لو أجاز المالك.

أما عقد الزواج فليس للفضولي فسخه؛ لأنه عقد ترجع فيه الحقوق إلى الأصيل صاحب الشأن[٢].

---

(١) البدائع: ١٥١/٥.
(٢) البدائع: ١٥١/٥، فتح القدير: ٣٠٩/٥- ٣١٢.

هل لفضولي واحد أن يعقد العقد عن الطرفين؟

عرفنا سابقاً أن تعدد العاقد شرط في انعقاد العقد، فليس للفضولي الواحد إبرام العقد سواء في البيع أو الزواج وغيرهما، بل يبطل الإيجاب ولا تلحقه الإجازة[١]، سواء أكان فضولياً من الجانبين، أم من جانب واحد ومن الجانب الآخر أصيلاً عن نفسه، أو وكيلاً، أو ولياً عن القاصر. فلو قال: بعت دار فلان، وقبلت الشراء عن فلان، أو زوجت فلاناً فتاة اسمها كذا، وقبلت هذه الفتاة لفلان، لم ينعقد العقد.

العنصر الثالث ـــ محل العقد:

محل العقد أو المعقود عليه: هو ما وقع عليه التعاقد، وظهرت فيه أحكامه وآثاره. وهو قد يكون عيناً مالية كالمبيع والمرهون والموهوب، وقد يكون عيناً غير مالية كالمرأة في عقد الزواج، وقد يكون منفعة كمنفعة الشيء المأجور في إجارة الأشياء من الدور والعقارات ومنفعة الشخص في إجارة الأعمال[٢].

وليس كل شيء صالحاً ليكون معقوداً عليه، فقد يمتنع إبرام العقد على شيء شرعاً أو عرفاً، كالخمر لا تصلح أن تكون معقوداً عليها بين المسلمين، والمرأة المحرم بسب رابطة النسب أو الرضاع، لا تصلح أن تكون زوجة لقريبها.

لذا اشترط الفقهاء أربعة شروط في محل العقد، وهي ما يأتي:

١- أن يكون موجوداً وقت التعاقد:

فلا يصح التعاقد على معدوم كبيع الزرع قبل ظهوره لاحتمال عدم نباته، ولا على ماله خطر العدم، أي احتمال عدم الوجود كبيع الحمل في بطن أمه، لاحتمال ولادته ميتاً،وكبيع اللبن في الضرع، لاحتمال عدمه بكونه انتفاخاً، وكبيع

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٢/ ٤٤٨.

(٢) الإجارة نوعان: إجارة المنافع: وهي أن يكون المعقود عليه منفعة كإجارة الدور والمنازل والحوانيت والأراضي، وإجارة الأعمال: وهي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة وحمل إلى موضع معين، وصباغة وإصلاح شيء، وتقديم خبرة كخبرة الأطباء والمهندسين.

اللؤلؤ في الصدف، ولا يصح التعاقد على مستحيل الوجود في المستقبل، كالتعاقد مع طبيب على علاج مريض توفي، فإن الميت لا يصلح محلاً للعلاج، وكالتعاقد مع عامل على حصاد زرع احترق، فكل هذه العقود باطلة.

وهذا الشرط مطلوب عند الحنفية والشافعية[١]، سواء أكان التصرف من عقود المعاوضات أم عقود التبرعات، فالتصرف بالمعدوم فيها باطل، سواء بالبيع أو الهبة أو الرهن، بدليل نهي النبي ﷺ عن بيع حبَل الحبلة[٢] ونهيه عن بيع المضامين والملاقيح[٣]، وعن بيع ما ليس عند الإنسان[٤]؛ لأن المبيع فيها وقت التعاقد معدوم.

واستثنى هؤلاء الفقهاء من هذه القاعدة العامة في منع التصرف بالمعدوم عقود السلم والإجارة والمساقاة والاستصناع[٥] مع عدم وجود المحل المعقود عليه حين إنشاء العقد، استحساناً مراعاة لحاجة الناس إليها، وتعارفهم عليها، وإقرار الشرع صحة السلم والإجارة، والمساقاة[٦] ونحوها.

---

(١) البدائع: ٥/ ١٣٨ ومابعدها، المبسوط: ١٢/ ١٩٤ ومابعدها، فتح القدير: ٥/ ١٩٢، مغني المحتاج: ٢/ ٣٠، المهذب: ١/ ٢٦٢.

(٢) أي بيع ولد ولد الناقة، أو بيع ولد الناقة. والحديث رواه أحمد ومسلم والترمذي عن ابن عمر (نيل الأوطار: ٥/ ١٤٧).

(٣) المضامين: ما في أصلاب الإبل، والملاقيح: ما في بطون النوق. وهذه البيوع كانت متعارفة في الجاهلية. والحديث رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر (نصب الراية: ٤/ ١٠).

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة، وصححه الترمذي وابن خزيمة والحاكم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك». (سبل السلام: ٣/ ١٦).

(٥) السلم: هو بيع آجل بعاجل أي بيع شيء غير موجود بثمن حال، كما يفعل الزراع مع التجار في بيعهم المحصولات الزراعية قبل الحصاد. وقد أجازه الشرع في السنة: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» والإجارة هي عقد على المنافع بعوض. وقد ثبتت مشروعيتها بالقرآن والسنة وإجماع العلماء، والاستصناع: هو الاتفاق على عمل الصانع بأن يصنع شيئاً نظير عوض معين، بخامات من عنده، كما نفعل مع الخياطين والنجارين والحدادين مثلاً. وقد أجيز بالإجماع لحاجة الناس إلى التعامل به في كل زمان ومكان.

(٦) المساقاة: هي تعهد العمل على سقاية وتربية الأشجار بنسبة من الناتج. وقد ثبت تشريعها في السنة. ومثلها المزارعة: هي العمل على استثمار الأراضي الزراعية بنسبة من المحصول.

واكتفى المالكية[١] باشتراط هذا الشرط في المعاوضات المالية، أما في عقود التبرعات كالهبة والوقف والرهن فأجازوا ألا يكون محل العقد موجوداً حين التعاقد، وإنما يكفي أن يكون محتمل الوجود في المستقبل.

وأما الحنابلة[٢]: فلم يشترطوا هذا الشرط، واكتفوا بمنع البيع المشتمل على الغرر[٣] الذي نهى عنه الشرع، مثل بيع الحَمْل في البطن دون الأم، وبيع اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم. وأجازوا فيما عدا ذلك ـ كما قرر ابن تيمية وابن القيم ـ بيع المعدوم عند العقد إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة، كبيع الدار على الهيكل أو الخريطة؛ لأنه لم يثبت النهي عن بيع المعدوم لا في الكتاب ولا في السنة ولا في كلام الصحابة، وإنما ورد في السنة النهي عن بيع الغرر: وهو ما لا يقدر على تسليمه، سواء أكان موجوداً أم معدوماً كبيع الفرس والجمل الشارد، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، فبيع المعدوم إذا كان مجهول الوجود في المستقبل باطل للغرر، لا للعدم.

بل إن الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدء صلاحه، والحب بعد اشتداده، والعقد في هذه الحالة ورد على الموجود والمعدوم الذي لم يخلق بعد.

وأما حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان فالسبب فيه: هو الغرر لعدم القدرة على التسليم، لا أنه معدوم.

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٣٦٧، الشرح الصغير: ٣/ ٣٠٥، ط دار المعارف بمصر. قال ابن رشد في بداية المجتهد: ٢/ ٣٢٤: «ولا خلاف في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، وبالجملة: كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر».

(٢) أعلام الموقعين: ٢/ ٨ ومابعدها، نظرية العقد لابن تيمية: ص ٢٢٤، المغني: ٤/ ٢٠٠، ٢٠٨.

(٣) روى الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة «نهى النبي ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر» أي نهى عن بيع المبيع المشتمل على غرر، فالمبيع نفسه لا البيع هو الغرر، كالثمرة قبل بدو صلاحها. والغرر: ماتردد بين السلامة والعطب. أو ما لا يقدر المتعاقد على تسليمه موجوداً كان أو معدوماً. وبيع الحصاة: أي ماوقعت عليه الحصاة من عدة أشياء (نيل الأوطار: ٥/ ١٤٧).

بيع الثمار أو الخضار أو الزروع:

يترتب على اشتراط وجود المعقود عليه أو قابليته للوجود في المستقبل حكم بيع الثمر أو الخضر أو الزرع في الأرض قبل ظهوره أو بعد ظهوره وقبل نضجه[(١)].

أ ـ اتفق الفقهاء على بطلان بيع الثمار والزروع قبل أن تخلق، لنهي النبي ﷺ عن بيع ما لم يخلق، ونهيه عليه السلام عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها. وعلل النهي عن البيع بقوله ﷺ: «أرأيت إذا منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه»[(٢)].

ب ـ إذا أصبح الزرع والثمر بحالة ينتفع بهما انتفاعاً كاملاً، صح التعاقد عليه؛ لأن محل العقد موجود. ويجوز إبقاؤه في الأرض أو على الشجر إلى وقت الحصاد أو القطاف عند غير أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن العرف يقتضيه ويتعامل به الناس عادة.

ج ـ إذا أصبح الزرع والثمر بحالة لا ينتفع بهما انتفاعاً كاملاً، كأن صار العنب حصرماً، والبلح بسراً، والزرع سنبلاً أخضر لم ييبس، جاز بيعه عند الإمامين مالك ومحمد بن الحسن استحساناً لتعارف الناس وتعاملهم به. ولم يجز بيعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي، لأن إبقاءه أمر مطلوب، وفي إبقائه منفعة للمشتري لا يقتضيها العقد ولا يلائمه.

---

(١) انظر عند الحنفية: البدائع: ٥/ ١٧٣، المبسوط: ١٢/ ١٩٥ ومابعدها، فتح القدير: ٥/ ١٠٢ ومابعدها، تبيين الحقائق: ٤/ ١٢، الدر المختار: ٤/ ٤٠، وعند المالكية: المنتقى على الموطأ: ٤/ ٢١٧ ومابعدها، بداية المجتهد: ٢/ ١٤٨ ومابعدها، القوانين الفقهية: ص٢٦١. وعند الشافعية: تكملة المجموع: ١١/ ٣٥١، ٣٦٠، مغني المحتاج: ٢/ ٨٦، ٨٩، ٩١ ومابعدها، وعند الحنابلة: المغني: ٤/ ٨٠، ٨٧، ٨٩ ومابعدها، غاية المنتهى: ٢/ ٦٨ ومابعدها، وعند الظاهرية: المحلى: ٨/ ٤٧١ وعند الزيدية: البحر الزخار: ٣/ ٣١٧، وعند الإمامية: المختصر النافع: ص ١٥٤، وعند الإباضية: شرح النيل: ٤/ ٧٢ ومابعدها.

(٢) أخرجه البخاري ومسلم عن أنس «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تَزْهى، قالوا: وما تزهى؟ قال: تحمرّ، وقال: إذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك» (نيل الأوطار: ٥/ ١٧٣).

د ـ إذا بدا صلاح بعض الأشجار المثمرة في بستان أو في بساتين متجاورة يجوز بيع ما ظهر صلاحه وما لم يظهر عند المالكية والشيعة الإمامية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة، عملاً بحسن الظن بالله تعالى وبمسامحة الإنسان لأخيه، وتعارف الناس عليه، إلحاقاً لما لم يظهر صلاحه بما ظهر، ودفعاً للمشقة على الناس في تعاملهم.

ولم يجز ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية والإباضية؛ لأن العقد اشتمل على معلوم ومجهول قد لا يخرجه الله تعالى من الشجرة، ولعدم القدرة على تسليم المبيع كله.

والخلاصة: إن من منع البيع في هذه الصور أراد الاحتياط في أخذ مال الغير، ومن أجاز البيع أراد التيسير على الناس ومراعاة الأعراف.

هذا ويتفق القانون المدني السوري (م ١٣٢، ١٣٣) مع الفقه الإسلامي في هذا الشرط، فقد شرط فقهاء القانون في محل الالتزام أن يكون شيئاً موجوداً وقت نشوء الالتزام، أو قابلاً للوجود في المستقبل[١]، لكن لا يجوز قانوناً ولا شرعاً بيع التركة المستقبلة، فلا يجوز للوارث بيع حصته من تركة مورثه وهو على قيد الحياة. ويجوز قانوناً لا شرعاً بيع المؤلف مؤلفه قبل إتمامه، وبيع المحصولات المستقبلة قبل أن تنبت بثمن مقدر، وبيع النتاج الذي لم يولد، ويمكن تصحيح هذه العقود على رأي ابن تيمية الذي يجيز العقد على ا لشيء الذي يمكن وجوده في المستقبل إذا امتنع الغرر.

٢- أن يكون المعقود عليه مشروعاً

يشترط أن يكون محل العقد قابلاً لحكمه شرعاً، باتفاق الفقهاء[٢]، بأن يكون مالاً مملوكاً متقوماً، فإن لم يكن كذلك، كان العقد عليه باطلاً، فبيع غير المال

---

(١) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي: ص ٦٥.

(٢) البدائع: ٥/ ١٤٠، حاشية ابن عابدين: ٣/٤، مغني المحتاج: ٢/ ١١ ومابعدها، الشرح الصغير: ٣/ ٢٢ ومابعدها، غاية المنتهى: ٢/ ٦ وما بعدها.

كالميتة والدم[١]، أو هبتها أو رهنها أو وقفها أو الوصية بها باطل؛ لأن غير المال لا يقبل التمليك أصلاً، وذبيحة الوثنيْ والملحد والمجوسي والمرتد كالميتة.

ويبطل بيع غير المملوك أو هبته: وهو المباح للناس غير المحرز كالسمك في الماء والطير في الهواء والكلأ والحطب والتراب والحيوانات البرية أو الشيء المخصص للنفع العام كالطرقات والأنهار والجسور والقناطر العامة؛ لأنها غير مملوكة لشخص أو لا تقبل التملك الشخصي.

والتصرف بغير المتقوم باطل أيضاً: وهو ما لا يمكن ادخاره ولا الانتفاع به شرعاً، كالخمر والخنزير بين المسلمين.

وأما آلات الملاهي كأدوات الموسيقا المختلفة فيجوز بيعها عند أبي حنيفة لإمكان الانتفاع بالأدوات المركبة منها، ولأنها مال في ذاتها، ولا ينعقد بيعها عند الصاحبين وبقية الأئمة؛ لأنها معدة للفساد واللهو. وبناء عليه يضمن قيمتها من يتلف شيئاً منها عند أبي حنيفة، ولا يضمن عند غيره من الفقهاء.

ويبطل التصرف بكل شيء، لا يقبل بطبيعته حكم العقد الوارد عليه، فالأموال التي يتسارع إليها الفساد كالخضروات والفواكه لا تصلح محلاً للرهن؛ لأن حكمه: وهو حبس المرهون لإمكان استيفاء الدين منه عند عدم الأداء في وقته، لا تقبله هذه الأموال. والمرأة من المحارم كالأخت والعمة بالنسبة لقريبها المحرم لا تصلح محلاً لعقد الزواج. والعمل الممنوع شرعاً كالقتل والغصب والسرقة والإتلاف لا يصح الإجارة عليه.

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي في اشتراط هذا الشرط، فقد شرط القانونيون أن يكون الشيء داخلاً في دائرة التعامل. وأن يكون في بعض الأحوال مملوكاً للملتزم بنقل ملكيته، وذلك في الحقوق العينية المنصبة على شيء معين بالذات[٢]،

---

(١) أجاز الشافعية والحنابلة خلافاً لأبي حنيفة ومالك بيع حليب المرأة المرضع للحاجة إليه وتحقيق النفع به، وأجاز الحنابلة بيع أعضاء الإنسان كالعين وقطعة الجلد إذا كان ينتفع بها ليرقع بها جسم الآخر لضرورة الإحياء، وبناء عليه يجوز بيع الدم الآن للعمليات الجراحية للضرورة (راجع المغني: ٤/ ٢٦٠).

(٢) نظرية الالتزام للدكتور حجازي: ص ٦٥، ٧١.

إلا أن فقهاء الشرع يجعلون تحريم الشرع وعدمه هو المحكم في جعل محل الالتزام مشروعاً أم غير مشروع، والقانون يحكّم في ذلك قواعد النظام العام والآداب.

٣- أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد:

يشترط باتفاق الفقهاء توافر القدرة على التسليم وقت التعاقد، فلا ينعقد العقد إذا لم يكن العاقد قادراً على تسليم المعقود عليه، وإن كان موجوداً ومملوكاً للعاقد.ويكون العقد باطلاً.

وهذا الشرط مطلوب في المعاوضات المالية باتفاق العلماء وفي التبرعات[١] عند غير الإمام مالك، فلا يصح بيع الحيوان الشارد ولا إجارته ورهنه وهبته ووقفه ونحوها، ولا يصح التعاقد بيعاً أو إجارة أو هبة على الطير في الهواء والسمك في البحر والصيد بعد فراره والمغصوب في يد الغاصب والدار في الأرض المحتلة من العدو، لعدم القدرة على التسليم.

وأجاز الإمام مالك أن يكون معجوز التسليم حال التعاقد محلاً لعقد الهبة وغيره من التبرعات[٢]. فيصح عنده هبة الحيوان الفارّ وإعارته والوصية به، لأنه في التبرع لا يثور شيء من النزاع حول تسليم المعقود عليه؛ لأن المتبرع فاعل خير ومحسن، والمتبرع له لا يلحقه ضرر من عدم التنفيذ،لأنه لم يبذل قليلاً ولا كثيراً، فلا يكون هناك ما يؤدي إلى النزاع والخصام الذي يوجد في المعاوضات المالية.

وهذا الشرط لم يذكر عند القانونيين، ويظهر أنهم لا يشترطونه.

٤- أن يكون معيناً معروفاً للعاقدين:

لابد عند الفقهاء أن يكون محل العقد معلوماً علماً يمنع من النزاع؛ للنهي

---

(١) البدائع: ٤/ ١٨٧، ٥/ ١٤٧، ٦/ ١١٩، بداية المجتهد: ٢/ ١٥٦، الشرح الكبير: ٣/ ١١، الشرح الصغير: ٣/ ٢٢، المهذب: ١/ ٢٦٢، مغني المحتاج: ٢/ ١٢، المغني: ٤/ ٢٠٠ ومابعدها، غاية المنتهى: ٢/ ١٠.

(٢) الشرح الصغير: ٤/ ١٤٢.

الوارد في السنة عن بيع الغرر وعن بيع المجهول[١]. والعلم يتحقق إما بالإشارة إليه إذا كان موجوداً، أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه، ورؤية بعضه كافية إذا كانت أجزاؤه متماثلة، أو بالوصف المانع للجهالة الفاحشة، وذلك ببيان الجنس والنوع والمقدار، كأن يكون المبيع حديداً من الصلب أو الفولاذ من حجم معين.

فلا يصح التصرف بالمجهول جهالة فاحشة: وهي التي تفضي إلى المنازعة. ويكون العقد فاسداً عند الحنفية، باطلاً عند غير الحنفية، وتغتفر الجهالة اليسيرة، وهي التي لا تؤدي إلى المنازعة ويتسامح الناس فيها عادة.

كما لا يصح التصرف بما يشتمل على الغرر. ويلاحظ أن الغرر أعم من الجهالة فكل مجهول غرر، وليس كل غرر مجهولاً، فقد يوجد الغرر بدون الجهالة كما في شراء الشيء الهارب المعلوم الصفة، ولكن لا توجد الجهالة بدون الغرر[٢].

وهذا الشرط مطلوب في المعاوضات المالية كالبيع والإيجار باتفاق الفقهاء، أما اشتراطه في غيرها فمحل اختلاف:

فالشافعية والحنابلة[٣] يشترطونه في عقود المعاوضات المالية وفي غير المالية كعقد الزواج، وفي عقود التبرعات كالهبة والوصية والوقف.

وقصره الحنفية[٤] على المعاوضات المالية وغير المالية، ولا يشترطونه في عقود التبرعات كالوصية والكفالة، فيصح التبرع مع جهالة المحل؛ لأن الجهالة فيه

---

(١) سبق تخريج الحديث، رواه الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر» وبيع الحصاة: أن يقول: بعتك من هذه الأثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة، ويرمي الحصاة. أو يقول: من هذه الأرض ما انتهت إليه في الرمي (نيل الأوطار: ١٤٧/٥).

(٢) الفروق للقرافي المالكي: ٣/ ٢٦٥، تهذيب الفروق بهامشه: ٣/ ١٧٠ ومابعدها.

(٣) مغني المحتاج: ١٦/٢، المهذب: ٢٦٣/١،٢٦٦، المغني: ٢٠٩/٤، ٢٣٤، غاية المنتهى: ٢/ ١١، ٣٣٢ وما بعدها، ١٨/٣، ٦٠.

(٤) المبسوط: ٢٦/١٣، ٤٩، البدائع: ١٥٨/٥، فتح القدير: ١١٣/٥، ٢٢٢، الدر المختار: ٣٠/٤، ١٢٥.

لا تؤدي إلى النزاع، كأن يوصي شخص بجزء من ماله، ويكون البيان متروكاً للورثة. وكأن يقول الكفيل: أنا ضامن ما على فلان من مال.

واكتفى المالكية[١] باشتراطه في عقود المعاوضات المالية فقط، فأبطلوا كل عقد بيع مثلاً إذا كان مشتملاً على جهالة المبيع أو الثمن. ولم يشترطوا هذا الشرط في عقود المعاوضات غير المالية، وفي عقود التبرعات، فأجازوا الزواج المشتمل على غرر قليل لا كثير كأثاث بيت، لا على شيء شارد أو ضائع؛ لأن القصد من المهر هو المودة والألفة فأشبه التبرع فاغتفرت فيه الجهالة اليسيرة، لا الفاحشة؛ لأن في الزواج شبهاً بالمعاوضات، وصححوا التبرع بالمجهول جهالة فاحشة؛ لأن القصد منه الإحسان بالصرف والتوسعة على الناس، ولا يترتب على ذلك نزاع.

والقانون المدني في المادة (١٣٤) اشترط هذا الشرط أيضاً، متجاوزاً عن الجهالة اليسيرة إذا كان المحل غير معين بالذات، أي معيناً بنوعه فقط. فقال فقهاء القانون: يشترط أن يكون الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين بشرط بيان طرق التعيين اللاحق. فإذا كان الشيء محل الالتزام مما يعين بذاته وجب أن تكون ذاتيته معروفة. وإذا كان الشيء مما يعيّن بنوعه لزم أن يذكر جنسه ونوعه ومقداره[٢]. والشرع والقانون وإن اتفقا على هذا الشرط من حيث المبدأ، لكنهما يختلفان في التطبيق، فالشرعيون يوجبون تعيين محل العقد تعييناً تاماً لا يتطرق إليه أي احتمال، وإلا كان العقد فاسداً عند الحنفية باطلاً عند غيرهم، ولا يجيزون كون المحل قابلاً للتعيين، والقانون يكتفي بكون المحل قابلاً للتعيين، وإن لم يكن معيناً وقت التعاقد، كالتعهد بتوريد أغذية معينة النوع لمدرسة أو مشفى.

وأخيراً اشترط غير الحنفية[٣] شرطاً خامساً: وهو أن يكون المبيع طاهراً لانجساً

(١) الشرح الكبير: ٣/١٠٦، القوانين الفقهية: ص ٢٦٩، المنتقى على الموطأ: ٤/٢٩٨، الفروق: ١/ ١٥٠ ومابعدها.

(٢) موجز النظرية العامة للالتزام لأستاذنا الدكتور عبد الحي حجازي: ص ٦٦ ومابعدها.

(٣) مواهب الجليل: ٤/٥٨ ومابعدها، الشرح الكبير: ٣/ ١٠، بداية المجتهد: ٢/ ١٢٥ ومابعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٤٦، المهذب: ١/ ٢٦١ ومابعدها، مغني المحتاج: ٢/ ١١، المغني: ٤/ ٢٥١،٢٥٥ وما بعدها، غاية المنتهى: ٢/٦ ومابعدها.

ولا متنجساً؛ لأن جواز البيع يتبع الطهارة، فكل ما كان طاهراً أي ما يباح الانتفاع به شرعاً يجوز بيعه عندهم. وأما النجس والمتنجس فيبطل بيعه، والنجس: مثل الكلب ولو كان معلماً للنهي عن بيعه، والخنزير والميتة والدم والزبل والحشرات والبهائم الكاسرة التي لا يؤكل لحمها كالأسد والذئب، والطيور الجارحة كالنسر والغراب والحدأة، والمتنجس الذي لا يمكن تطهيره كالخل والدبس واللبن. لكن أجاز هؤلاء الفقهاء بيع المختلف في نجاسته كالبغل والحمار، وبيع الهر وطيور الصيد كالصقر والعقاب المعلم، والطير المقصود صوته كالهزار والبلبل والببغاء.

ولم يشترط الحنفية(١) هذا الشرط، فأجازوا بيع النجاسات كشعر الخنزير وجلد الميتة للانتفاع بها إلا ما ورد النهي عن بيعه منها كالخمر والخنزير والميتة والدم(٢)، كما أجازوا بيع الحيوانات المتوحشة، والمتنجس الذي يمكن الانتفاع به في غير الأكل. والضابط عندهم: أن كل ما فيه منفعة تحل شرعاً، فإن بيعه يجوز، لأن الأعيان خلقت لمنفعة الإنسان بدليل قوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢/ ٢٩].

العنصر الرابع ـ موضوع العقد:

إن موضوع العقد: هو أحد مقوماته الأربعة التي لا بد من وجودها في كل عقد.

وموضوع العقد: هو المقصد الأصلي الذي شرع العقد من أجله. وإذا كان القانون عند القانونيين هو الذي يحدد مقصد العقد أو آثاره، لا إرادة العاقد، فإن المشرع في الشريعة الإسلامية هو الذي يحدد الآثار الخاصة لكل عقد، وبهذا التحديد وفي نطاقه المقرر تتحقق الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشاء العقد.

---

(١) البدائع: ٥/ ١٤٢ ومابعدها، فتح القدير: ٥/١٨٨، ٨/ ١٢٢.

(٢) روى أحمد والشيخان عن جابر بن عبد الله أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح ـ فتح مكة في رمضان سنة ثمان من الهجرة ـ وهو بمكة: «إن الله ورسوله حرَّم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام..» (سبل السلام: ٣/ ٥) وروى أحمد وأبو داود عن ابن عباس: «... وإن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه» (نيل الأوطار: ٥/ ١٤١-١٤٢).

وموضوع العقد واحد ثابت في كل فئة أو نوع من أنواع العقود، ويختلف باختلاف فئات العقود أو أنواعها، فهو في عقود البيع واحد: وهو نقل ملكية المبيع للمشتري بعوض. وفي الإجارات: هو تمليك المنفعة بعوض، وفي الهبات: هو تمليك العين الموهوبة، بلا عوض، وفي الإعارات: هو تمليك المنفعة بلا عوض، وفي الزواج: هو حل الاستمتاع المشترك بين الزوجين.

وموضوع العقد يتحد في الحقيقة مع عبارتي: المقصد الأصلي للعقد (أو الغاية النوعية من العقد)، وحكم العقد، فهذه المصطلحات الثلاثة مترادفة يمثل كل واحد منها وجهاً لحقيقة واحدة. فإذا نظر إلى هذه الحقيقة من وجهة نظر الشارع قبل إيجاد العقد سميت **مقصداً أصلياً للعقد** أي مآل العقد. وإذا نظر إلى هذه الحقيقة من وجهة نظر الشارع بعد وجود العقد سميت **حكم العقد** أي الأثر المترتب عليه. وإذا لاحظنا المرحلة المتوسطة التي تقع إبان التعاقد أي بين مرحلة إيجاده وتمامه فتسمى هذه الحقيقة **موضوع العقد**[(١)]. فهذه العبارات الثلاث تطلق على حقيقة واحدة مثلثة الوجوه[(٢)].

والمقصد الأصلي للعقد في الشريعة ربما يلتقي في بعض الخصائص مع المفهوم التقليدي للسبب عند القانونيين، وهو الذي لم تأخذ به قوانيننا العربية في سورية ومصر وليبيا وغيرها. وهو المسمى: السبب الفني للالتزام: وهو السبب القريب المجرد الذي يكون واحداً في كل الالتزامات التي من نوع واحد، وهو لازم لنشوء الالتزام ولاستمراره.

فكل من المقصد الأصلي والسبب الفني موضوعي وواحد في العقد. ففي عقد البيع مثلاً السبب الفني لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع: هو التزام المشتري بدفع الثمن. والمقصد الأصلي لعقد البيع: هو نقل الملكية بعوض، أي أن السبب الفني

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ١٤٩، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي للدكتور وحيد سوار: ف ٥٣١، ص ٥٠١ ومابعدها.

(٢) يلاحظ أن هناك فرقاً بين موضوع العقد ومحل العقد، أما موضوع العقد فهو المقصد الأصلي للعقد منظوراً إليه إبان تكوين العقد، وأما محل العقد فهو المعقود عليه الذي يثبت فيه حكم العقد كالمبيع والثمن.

هو واحد في كل التزام بنقل الملكية، لا يختلف من التزام إلى آخر بحسب اختلاف الأشخاص. فسبب التزام البائع بنقل الملكية هو رغبته في الحصول على ثمن ما باع. وكذلك المقصد الأصلي هو واحد كما عرفنا في النوع الواحد من العقود، لا يختلف إلا باختلاف نوع العقد.

لكن الفرق بين السبب الفني والمقصد الأصلي: هو أن السبب الفني ملازم لإرادة العاقد الخاصة، وإن كان متميزاً عنها. أما المقصد الأصلي فهو في الأصل منفك عن الإرادة الخاصة للعاقد، غير متلازم معها، وإنما هو متلازم مع إرادة الشارع[١].

فالسبب في الفقه الإسلامي هو المقصد الأصلي للعقد[٢]، أي أن السبب هو مجموع الآثار المتولدة، فإن كانت هذه الآثار سليمة، ذات محل مشروع، كان العقد صحيحاً، وإلا كان العقد باطلاً. وهذه الآثار: هي التي دفعت العاقد إلى التعاقد.

والحقيقة: أن التقاء المقصد الأصلي في الشريعة مع السبب الفني في بعض الخصائص لا يعني أن أحدهما هو بمعنى الآخر؛ لأن السبب الفني هو سبب الالتزام وسبب الالتزام يختلف عن سبب العقد. ففي العقود التبادلية: سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، فسبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن. وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية.

وهذا المعنى للسبب المدني يختلف عن المقصد العام للعقد في الشريعة، المعتبر في جميع العقود التي تبرم من نوع واحد، فالبيوع كلها مقصدها واحد هو المقصد العام لهذا النوع من العقد. وهو يختلف عن السبب الفني؛ لأن الثاني خاضع لإرادة العاقد، والمقصد النوعي خاضع لإرادة الشرع.

والسبب الفني يختلف عن الباعث؛ لأن الأول: هو الغرض الدافع والمباشر الذي التزم المدين من أجله. والباعث: هو ما قبل ذلك من الدوافع[٣]. وإذا كان

---

(١) التعبير عن الإرادة، للدكتور سوار: ف ٥٣٤.
(٢) المرجع السابق: ف ٥١٧.
(٣) موجز نظرية الالتزام، للدكتور حجازي: ص ١٠٤.

الفقه الإسلامي لا يعتد بالسبب الفني في المفهوم التقليدي للسبب عند القانونيين فإنه يتوصل إلى الدور نفسه الذي يقوم به السبب الفني من ناحيتين: أولاهما ـ من طريق تحديد شرائط العقد والمحل، كعنصر نشوء أو تكوين، وثانيهما ـ من طريق فكرة «التعادل» في التبادل كعنصر تنفيذ[١].

السبب في النظرية الحديثة عند القانونيين:

السبب في القضاء اليوم والذي أخذت به القوانين المدنية العربية في سورية (م١٣٧، ١٣٨) وفي مصر (م ١٣٦، ١٣٧): هو المسمى: سبب العقد، أو السبب المصلحي أو سبب السبب وهو الباعث الذاتي أو الدافع البعيد الذي دفع العاقد إلى العقد. والسبب بهذا المعنى ليس عنصراً موضوعياً، وإنما يختلف في النوع الواحد من الالتزامات باختلاف الأشخاص، فهو إذن عنصر شخصي، غير ثابت، بعكس السبب الفني الذي يعد عنصراً موضوعياً ثابتاً في النوع الواحد من الالتزام.

وإذا كانت وظيفة السبب الفني أو التقليدي: هي سلامة الالتزام من الناحية الفنية، فوظيفة سبب العقد أو السبب في النظرية الحديثة: هي منع صحة عقد يبتغى بوسائل مشروعة للوصول إلى نتائج غير مشروعة، فبه تتحقق مصلحة المجتمع، وهي حماية الأخلاق أو النظام العام، أي أن السبب المصلحي يتضمن فكرة الجزاء على خطأ: وهو إرادة المتعاقدين تحقيق غاية غير مشروعة.

موقف الفقهاء من نظرية السبب بالمعنى الحديث (الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة): في الفقه الإسلامي حول نظرية السبب هذه اتجاهان[٢]:

اتجاه تغلب فيه النظرة الموضوعية، واتجاه يلاحظ فيه النوايا والبواعث الذاتية.

أما الاتجاه الأول: فهو مذهب الحنفية والشافعية[٣] الذين يأخذون بالإرادة

---

(١) التعبير عن الإرادة: المرجع السابق: ف ٥٢٦، النظرية العامة للالتزام، سوار: ص ١٥٤.

(٢) مصادر الحق للسنهوري: ٤/ ٥١ ومابعدها.

(٣) راجع عند الحنفية مختصر الطحاوي: ص ٢٨٠، تكملة فتح القدير: ٨/ ١٢٧، البدائع: ٤/ ١٨٩، تبيين الحقائق: ٥/ ١٢٥، وعند الشافعية: الأم: ٣/ ٨٥، المهذب: ١/ ٢٦٧، مغني المحتاج: ٢/ ٣٧ وما بعدها، الباجوري على ابن القاسم: ١/ ٣٥٣، تحفة الطلاب: ص ١٤٣، ٢١١.

الظاهرة في العقود، لا بالإرادة الباطنة، أي أنهم حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات لا يأخذون بنظرية السبب أو الباعث، لأن فقههم ذو نزعة موضوعية بارزة كالفقه الجرماني، والسبب أو الباعث الذي يختلف باختلاف الأشخاص عنصر ذاتي داخلي قلق يهدد المعاملات.

ولا تأثير للسبب أو الباعث على العقد إلا إذا كان مصرحاً به في صيغة التعاقد، أي تضمنته الإرادة الظاهرة كالاستئجار على الغناء والنوح والملاهي وغيرها من المعاصي. فإذا لم يصرح به في صيغة العقد بأن كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن باعثاً غير مشروع، فالعقد صحيح لاشتماله على أركانه الأساسية من إيجاب وقبول وأهلية المحل لحكم العقد، ولأنه قد لا تحصل المعصية بعد العقد، ولا عبرة للسبب أو الباعث في إبطال العقد، أي أن العقد صحيح في الظاهر، دون بحث في النية أو القصد غير المشروع، لكنه مكروه حرام، بسبب النية غير المشروعة.

وبناء عليه قال الحنفية والشافعية بصحة العقود التالية مع الكراهة التحريمية عند الحنفية والحرمة أو الكراهة عند الشافعية:

١- **بيع العينة**: (أي البيع الصوري المتخذ وسيلة للربا) كبيع سلعة بثمن مؤجل إلى مدة بمئة ليرة، ثم شراؤها في الحال بمئة وعشر، فيكون الفرق ربا[(١)]. لكن أبا حنيفة استثناه من مبدئه في عدم النظر إلى النية غير المشروعة، اعتبر هذا العقد فاسداً إن خلا من توسط شخص ثالث بين المالك المقرض والمشتري المقترض. فيكون بيع العينة ممنوعاً غير جائز عند مالك وأبي حنيفة وأحمد والهادوية من الزيدية. وجوز ذلك الشافعي وأصحابه مستدلين على الجواز في الظاهر بما وقع من ألفاظ البيع التي لايراد بها حصول مضمونه.

٢- **بيع العنب لعاصر الخمر**، أي لمن يعلم البائع أنه سيتخذه خمراً، أو يظنه ظناً غالباً، وهو حرام عند الشافعية، فإن شك في اتخاذه خمراً أوتوهمه فالبيع مكروه في رأيهم.

---

(١) وسميت هذه المبايعة عينة لحصول النقد لصاحب العينة؛ لأن العين: هو المال الحاضر، والمشتري إنما يشتريها ليبيعها بعين حاضرة تصل إليه من فوره، ليصل به إلى مقصوده.

٣- **بيع السلاح في الفتنة الداخلية** أو لمن يقاتل به المسلمين أو لقطاع الطرق المحاربين ومثله بيع أدوات القمار، وإيجار دار للدعارة أو للقمار، وبيع الخشب لمن يتخذ منه آلات الملاهي والإجارة على حمل الخمر لمن يشربها ونحو ذلك، وهو بيع حرام عند الشافعية.

٤- **زواج المحللّ**: وهو الذي يعقد زواجه على امرأة مطلقة طلاقاً ثلاثاً (أي البائن بينونة كبرى) بقصد تحليلها لزوجها الأول بالدخول بها في ليلة واحدة مثلاً ثم يطلقها ليصح لزوجها الأول العقد عليها من جديد، عملاً بظاهر الآية القرآنية: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٣٠]. وهو مكروه عند الشافعية إذا لم يشرط في صلب العقد ما يخل بمقصوده الأصلي، فإن شرط ذلك كأن شرط أن يطلق بعد الوطء حرم وبطل.

والخلاصة: أن هذا الاتجاه لا يأخذ بالسبب أو الباعث إلا إذا كان داخلاً في صيغة العقد وتضمنه التعبير عن الإرادة ولو ضمناً، ولا يعتد به إذا لم تتضمنه صيغة العقد.

وأما الاتجاه الثاني: فهو مذهب المالكية والحنابلة والشيعة[(١)] الذين ينظرون إلى القصد والنية أو الباعث، فيبطلون التصرف المشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك بالظروف والقرائن التي تدل على القصد الخبيث كإهداء العدو هدية لقائد الجيش، والإهداء للحكام والموظفين، فذلك مقصود به الرشوة، فتكون للدولة. وهبة المرأة مهرها لزوجها، يقصد به استدامة الزواج، فإن طلقها بعدئذ، كان لها الرجوع فيما وهبت[(٢)].

---

(١) راجع عند المالكية: بداية المجتهد: ٢/ ١٤٠، الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي: ٣/ ٩١، مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٤٠٤، ٢٦٣، القوانين الفقهية: ص ٢٥٨، ٢٧١ ومابعدها، الموافقات: ٢/ ٢٦١، الفروق: ٣/ ٢٦٦ ومابعدها. وعند الحنابلة: المغني: ٤/ ١٧٤ ومابعدها و ٤/ ٢٢٢، أعلام الموقعين: ٣/ ١٠٦، ١٠٨، ١٢١ ومابعدها، ١٣١، ١٤٨، غاية المنتهى: ٢/ ١٨، وعند الشيعة الجعفرية: المختصر النافع في فقه الإمامية: ص ١٤٠، وعند الزيدية: المنتزع المختار: ٣/ ١٩ ومابعدها.

(٢) القواعد لابن رجب: ص ٣٢٢.

هذا الاتجاه يأخذ تقريباً بنظرية السبب أو بمذهب الإرادة الباطنة في الفقه اللاتيني، مراعاة للعوامل الأدبية والخلقية والدينية، فإن كان الباعث مشروعاً، فالعقد صحيح، وإن كان غير مشروع فالعقد باطل حرام، لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان، قال الشوكاني[١]: لا خلاف في تحريم بيع العنب لمن يعصره خمراً في حال القصد وتعمد البيع إلى من يتخذه خمراً. وأما مع عدم القصد والتعمد للبيع فذهب جماعة من أهل العلم إلى جوازه مع الكراهة ما لم يعلم أنه يتخذه لذلك.

وبناء عليه قال المالكية والحنابلة ومن وافقهم ببطلان العقود السابقة، وأضاف لها المالكية أنهم لا يجيزون بيع أرض بقصد بناء كنيسة، أو بيع خشب بقصد صنع صليب، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً، أو استئجار كراريس فيها عبارات النوح، وبيع ثياب حرير ممن يلبسها[٢].

أما عدم صحة بيع العنب للخمار وبيع السلاح للأعداء ونحوهما فلأنه إعانة على الحرام، أو عقد على شيء لمعصية الله به فلا يصح. وأما فساد زواج المحلل فلأنه يتنافى مع أغراض الزواج السامية: وهو أنه عقد مؤبد قصد به تكوين أسرة دائمة، وهذا الزواج اتخذ لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول في وضع مؤقت، فهو حيلة لرفع تحريم مؤبد، وهو قصد غير مشروع. وأما فساد بيع العينة (أو بيوع الآجال) فلأنه اتخذ البيع حيلة لتحليل التعامل بالربا، ولم يكن الغرض الحق هو البيع والشراء. فهو وسيلة لعقد محرم غير مشروع، فيمنع سداً للذرائع المؤدية إلى الحرام.

والخلاصة: أن هذا الاتجاه يعتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر في العقود بشرط أن يكون ذلك معلوماً للطرف الآخر، أو كانت الظروف تحتم علمه؛ لأن النية روح العمل ولبه. ويكون هذا الاتجاه آخذاً بنظرية السبب، التي تتطلب أن يكون السبب مشروعاً، فإن لم يكن سبب العقد مشروعاً فلا يصح العقد.

---

(١) نيل الأوطار: ٥/ ١٥٤.

(٢) مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٢٥٤، ط دار الفكر.

المطلب الثالث ـــ الإرادة العقدية:

الإرادة هي القوة المولدة للعقد، والعقد كما تقدم: هو توافق إرادتين على وجه ينتج أثره الشرعي، وهو الالتزام المطلوب للمتعاقدين. والكلام أو التعبير هو ترجمان الإرادة، فينبغي أن يكون معبراً تماماً عن الإرادة. والإرادة نوعان: باطنة حقيقية، وظاهرة.

والإرادة الباطنة: هي النية أو القصد:

والإرادة الظاهرة: هي الصيغة التي تعبر عن الإرادة الباطنة، أو ما يقوم مقامها كالتعاطي، فإذا تطابقت الإرادتان وجد العقد. وإذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها كالتعبير الصادر من الطفل غير المميز أو النائم أو المجنون، لم تفد شيئاً، كما أن التصرف لا يوجد بمجرد النية أو الإرادة الباطنة، فمن نوى الطلاق أو الوقف لا يصبح بمجرد نيته مطلِّقاً أو واقفاً.

وقد عرفنا في بحث صيغة التعاقد ما تتحقق به الإرادة الظاهرة.

وأما الإرادة الباطنة فتتحقق بالرضا والاختيار.

والحنفية يقررون أن الرضا والاختيار شيئان متغايران. فالاختيار: هو القصد إلى النطق بالعبارة المنشئة للعقد، سواء أكان ذلك عن رضا أم لا. والرضا: هو الرغبة في أثر العقد عند التلفظ بما يدل على إنشائه. فإذا وجد الرضا وجد الاختيار، وإذا وجد الاختيار لا يلزم وجود الرضا.

وغير الحنفية: الرضا والاختيار بمعنى واحد.

لكن في الحياة العملية: قد توجد الإرادة الظاهرة وحدها، ولا توجد معها إرادة باطنة، فماحكم العقد؟

هذا ما يبحث في الفرع الأول من هذا المطلب وهو صورية العقد، ويأتي بعده بحث الفرعين الآخرين. فإذا لم توجد الإرادة الباطنة الحقيقية كان العقد صورياً. وإذا وقع الشك في وجود الإرادة الحقيقية، كان العقد معيباً بعيب من عيوب الرضا أو الإرادة.

الفرع الأول ــــ صورية العقود:

قد توجد الإرادة الظاهرة وحدها، وتنعدم الإرادة الباطنة، فيكون العقد صورياً، ويظهر ذلك في الأحوال التالية:

١- حالة السكر والنوم والجنون وعدم التمييز والإغماء:

إن العقود التي تصدر من النائم والمجنون وغير المميز ونحوهم لا أثر لها، لانعدام الإرادة الحقيقية في إنشاء العقد.

والسكران أيضاً ليست له إرادة حقيقية في التصرف، لكن مع ذلك اختلف الفقهاء في تصرفاته، كما تقدم سابقاً.

فقال الإمام أحمد وبعض المالكية(١): لا تعتبر تصرفات السكران، لعدم توفر القصد الصحيح عنده، فلا يصح بيعه وشراؤه وعقوده وطلاقه وسائر أقواله. وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية في سوريا ومصر، وهو الرأي الراجح والمعقول لدينا. لكن المشهور في مذهب المالكية: نفوذ طلاق السكران.

وقال الحنفية والشافعية(٢): إذا كان السكر بمباح كحالة البنج والاضطرار والإكراه ونحوها، فلا تعتبر أقواله وأفعاله، ولا أثر لعبارته، لعدم تحقق القصد منه. وإذا كان السكر بمحرم فيؤاخذ بأقواله عقاباً وزجراً له، فتصح عقوده كالبيع والزواج، وتصح تصرفاته كالطلاق، وتترتب عليها آثارها.

٢- عدم فهم العبارة:

إذا لم يفهم الشخص عبارة غيره الذي نطق بعبارة تدل على الرضا بالتصرف لم ينعقد العقد، سواء في الإيجاب أو القبول؛ لأن العبارة الصادرة منه لا تدل على قصد صحيح، ولا تعبر عن إرادته، والإرادة أو القصد أساس الرضا.

---

(١) المغني: ٧/ ١١٣، الشرح الكبير: ٣/ ٥، القوانين الفقهية: ص ٢٢٧، وهذا رأي الكرخي والطحاوي من الحنفية.

(٢) فتح القدير: ٣/ ٤٠، نهاية المحتاج: ٣/ ١٢.

لكن قال الحنفية[١]: إذا كان التصرف مما يستوي فيه الجد والهزل كالزواج والطلاق والرجعة واليمين، وعلم العاقدان أن اللفظ المستخدم ينعقد به التصرف، وإن لم يعلما حقيقة معناه، فينعقد به التصرف؛ لأن فهم اللفظ أمر مطلوب لأجل القصد، وهذه التصرفات لا يشترط فيها القصد، فلا يشترط في الناطق بما يدل عليها أن يكون فاهماً لمعناها. لكن في هذا مغالاة؛ لأن عدم اشتراط القصد في هذه التصرفات يكون بعد فهم المعنى. ولا يعقل ترتيب الآثار على تصرف غير مفهوم المعنى.

٣- حالة التعلم والتعليم والتمثيل:

إذا ردد المتكلم عبارات التصرفات، ولكنه لا يريد إنشاء التزام أو عقد، بل يريد غرضاً آخر كالتعلم والتعليم والتمثيل، فلا يترتب على عبارته أي أثر. كما إذا ردد القارئ عبارة البيع أو الشراء أو الطلاق المسطرة في كتب الفقهاء بقصد تعلمها أو حفظها، أو بقصد تعليمها لغيره، فلا يترتب على كلامه أي أثر. وكذلك ترديد الممثلين عبارات التمثيل وحكاية أقوال الآخرين، مثل زوجيني نفسك، فقالت: زوجتك نفسي، لا يترتب عليه أي أثر؛ لأن المتكلم في هذه الأمثلة لا يقصد إنشاء العقد، بل قصد غرضاً آخر، وهو التمثيل أو الحفظ أو توضيح الحكم للتلاميذ.

٤- الهزل أو الاستهزاء:

الهزل ضد الجد: وهو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ولا ما يصلح اللفظ له استعارة. فإذا نطق الشخص بعبارة لا يريد بها إنشاء التصرف، وإنما قصد بها الهزل أو الاستهزاء والعبث، مستخدماً صورية التصرف القولي أو العقد، كانت العبارة الصادرة من الهازل عند الشافعية على الراجح[٢] صالحة لإنشاء العقود وترتيب الآثار عليها، سواء في المعاوضات المالية كالبيع والإيجار أم في الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق، وذلك عملاً بالإرادة الظاهرة، لا بالقصد الداخلي، وحفاظاً على مبدأ استقرار العقود والمعاملات، ولا يلتفت إلى دعوى الهزل.

---

(١) فتح القدير: ٢/ ٢٤٩، الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٣٦٧، ط الأميرية.

(٢) راجع المجموع شرح المهذب للنووي: ٩/ ١٨٤، نهاية المحتاج: ٦/ ٨٢.

وفصل الحنفية والحنابلة وأكثر المالكية[١] بين عقود المبادلات المالية وغيرها. فعقود المبادلات المالية كالبيع أو التي محلها المال كالهبة والوديعة والعارية لا يترتب على عبارة الهازل بها أي أثر لعدم تحقق الرضا أو القصد الذي تقوم عليه الإرادة.

وأما التصرفات الخمسة التي سوى الشارع فيها بين الجد والهزل (وهي الزواج والطلاق والرجعة والإعتاق واليمين) فصححوا عبارة الهازل فيها، ورتبوا عليها آثارها، أخذاً بحديث نبوي سابق هو: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق»[٢] وفي رواية «الرجعة» وفي رواية أخرى «اليمين»، ولأن هذه التصرفات خطيرة مشتملة على حق الله، وهو ليس موضعاً للهزل والاستهزاء.

٥- الخطأ:

الخطأ: هو وقوع الفعل بدون قصد، كأن يقصد المتكلم النطق بكلمة فيسبق لسانه إلى كلمة أخرى فيتلفظ بها، كأن يقول: طلّقت، وهو يريد أن يقول: بعت.

والمخطئ كالناسي أو المجنون عند الشافعية والمالكية والحنابلة[٣] لايترتب على عبارته أي عقد أو التزام، عملاً بقول النبي ﷺ: «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[٤].

وقال الحنفية[٥]: المخطئ والناسي يترتب على عبارتهما أثرها في التصرفات والعقود؛ لأن الإرادة أمر باطني خفي لا اطلاع لنا عليه، فلو قبلنا دعوى الخطأ والنسيان في التصرفات لتزلزلت المعاملات، وضاعت الحقوق.

---

(١) رد المحتار: ٢/ ٣٦٣، ٣٦٧، ط الأميرية: ٤/ ٧،٢٥٥، الشرح الكبير للدسوقي: ٣/ ٤، المغني: ٦/ ٥٣٥، كشاف القناع: ٢/ ٥ ومابعدها، غاية المنتهى: ٣/ ١٧.

(٢) رواه الخمسة (أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه) إلا النسائي عن أبي هريرة (نيل الأوطار: ٦/ ٢٣٤) وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

(٣) الفروق للقرافي: ٢/ ١٤٩، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام الحنبلي: ص ٣٠ ومابعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي: ٦٩.

(٤) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس.

(٥) البحر الرائق: ٣/ ٣٦٣، التلويح على التوضيح: ٢/ ١٦٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٠٦، ٢/ ١٣٥، كشف الأسرار: ص١٣٩٦، مرآة الأصول: ٢/ ٤٤١.

والخلاصة: أن رأي الحنفية في الخطأ على عكس رأيهم في الهزل.

٦- التلجئة أو المواضعة[١]:

هي أن يتظاهر أو يتواطأ شخصان على إبرام عقد صوري بينهما إما بقصد التخلص من اعتداء ظالم على بعض الملكية، أو بإظهار مقدار بدل أكثر من البدل الحقيقي ابتغاء الشهرة والسمعة، أو لتغطية اسم الشخص الذي يعمل لمصلحته باطناً (قضية الاسم المستعار).

أي أن المواضعة إما أن تكون في أصل العقد، أو في مقدار البدل، أو في الشخص.

مثال الحالة الأولى: أن يخاف إنسان اعتداء إنسان اعتداء ظالم على بعض ما يملك، فيتظاهر هو ببيعه لثالث فراراً منه، ويتم العقد مستوفياً أرفانه وشرائطه. ومثله بيع المدين أمواله لتهريبها من وجه الدائنين، أوعقد قروض صورية لبعض الناس لمزاحمة الدائنين الحقيقيين، أو إقرار المورث لبعض ورثته بدين لتفضيله في نصيب الإرث.

ومثال الحالة الثانية: إعلان زيادة في المهر في عقد الزواج بعد الاتفاق سراً على مقدار المهر الحقيقي بقصد الرياء والسمعة والشهرة. أو زيادة الثمن في عقد بيع العقار لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة. فلا يجب في هذه الحالة إلا المهر المتفق عليه سراً في عقد الزواج، أو الثمن الحقيقي الذي تم به البيع، وكل من الزواج والبيع صحيح.

ومثال الحالة الثالثة: تواطؤ اثنين على إخفاء وكالة سرية في عمل معين، والتظاهر بأن الوكيل يعمل باسمه لمصلحته الشخصية أو أنه هو الأصيل في العمل، ثم يعلن أن اسمه مستعار، كأن يقرر شخص بأن الدكان أو السند أو الأموال التي في يده هي لشخص آخر، فيعد قوله إقراراً بالحق لذلك الشخص (راجع المجلة: م ١٥٩١ - ١٥٩٣).

---

(١) وتسمى عقد الأمانة أو التواطؤ.

وقد اختلف الفقهاء في حكم عقد التلجئة أي بالنسبة للحالة الأولى:

فقال الحنفية والحنابلة[١]: إنه عقد فاسد غير صحيح كحالة الهزل تماماً؛ لأن العاقدين ما قصدا البيع، فلم يصح منها كالهازلين. كما لايصح عقد القرض الصوري أو الإقرار كما في حالة الهزل[٢].

وقال الشافعية[٣]: هو بيع صحيح؛ لأن البيع تم بأركانه وشروطه، وأتي باللفظ مع قصد واختيار خالياً عن مقارنة مفسد، أي أن رأيهم في هذه العقود كرأيهم في عقود الهازل.

٧- الإكراه:

يقصد الشخص في حالة الإكراه التلفظ بالعبارة مع فهمه لمعناها، ولكنه لم يرض بترتب الآثار عليها. فالإكراه بنوعيه الملجىء وغير الملجئ يعدم الرضا، أي الإرادة الحقيقية.

وبما أن الإكراه يعدم الرضا لم يترتب عند غير الحنفية (الجمهور) على عبارة المستكره أي أثر في جميع العقود والتصرفات، للحديث السابق: «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» فلا يصح طلاقه وزواجه وغيرهما، كالسكران. وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٨٩)[٤] والقانون المصري.

إلا أن الشافعية والحنابلة قالوا: بيع المكره باطل[٥].

---

(١) رد المحتار والدر المختار: ٤/ ٢٥٥، المغني: ٤/ ٢١٤، ١٨٩.

(٢) الهزل أعم من التلجئة لأنه يجوز ألا يكون العاقد فيه مضطراً إليه وأن يكون الهزل سابقاً للعقد أو مقارناً له، والتلجئة إنما تكون عن اضطرار، ولا تكون مقارنة. هذا في قول، والأظهر كما حقق ابن عابدين أنهما سواء في الاصطلاح.

(٣) مغني المحتاج: ٣/ ١٦، المجموع للنووي: ٨/ ١٦٨.

(٤) نص المادة: «١ - لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره.

٢ - المدهوش: هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره، فلا يدري ما يقول».

(٥) مغني المحتاج: ٢/ ٧ ومابعدها، غاية المنتهى: ٢/ ٥.

وقال المالكية: بيع المكره غير لازم، فيكون للعاقد المستكره الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه. وقال ابن جزي المالكي: بيع المكره وشراؤه باطلان[١].

وأما الحنفية[٢] فاعتبروا الإكراه كالهزل تماماً. فالعقود المالية كالبيع والإجارة والرهن ونحوها، أو التي محلها المال كالهبة والوديعة والإعارة تكون موقوفة على إجازة المستكره بعد زوال ظرف الإكراه، فإن رضي بها وأجازها في مدة ثلاثة أيام وبقي العاقد الآخر راضياً نفذت، وإن لم يجزها بطلت. وهذا رأي زفر وهو الأصح.

والتصرفات الخمسة التي لله فيهاحق (وهو الزواج والطلاق والرجعة واليمين والعتاق) تكون صحيحة كالهزل تماماً؛ لأن الشارع جعل العبارة فيها عند القصد إليها قائمة مقام الإرادة، فيترتب عليها أثرها.

٨- القصد غير المشروع:

إذا اتخذ العاقد عقداً مباحاً وسيلة لتحقيق غرض غير مباح شرعاً، أي كان الدافع له سبباً غير مشروع، فللفقهاء بالنسبة للعقد في حد ذاته رأيان، وذلك مثل بيع السلاح لأهل الفتنة، وبيع العصير لمن يتخذه خمراً، وبيع العينة وزواج المحلل ونحوها.

قال الإمام الشافعي: العقد صحيح، لتوافر ركنه وهو الإيجاب والقبول والنية غير المشروعة متروك أمرها لله عز وجل يعاقب صاحبها.

وقال الصاحبان وسائر الأئمة الآخرين: العقد غير صحيح، وليس للإيجاب والقبول أثر متى قام الدليل على هذا القصد الآثم.

وقد سبق بحث الرأيين في نظرية السبب عند الفقهاء.

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٣/٦، القوانين الفقهية: ص ٢٤٦.

(٢) مختصر الطحاوي: ص ١٩١، ٤٠٨، رد المحتار لابن عابدين: ٤/٤، ٢٥٥، ٥/٨٩-٩١، الفرائد البهية في القواعد للشيخ محمود حمزة: ص ٣٢٤.

الفرع الثاني ـ سلطان الإرادة العقدية (أو مدى الحرية في العقود والشروط):

يأخذ فقهاء القانون الحديث بمبدأ سلطان الإرادة العقدية أي أن الإرادة حرة في إنشاء العقود واشتراط الشروط لتحديد التزامات التعاقد وآثاره المترتبة عليها، ولكن في حدود النظام العام[١]: وهي الحدود التي يضعها التشريع وفقاً لمصالح الفرد والمجتمع ومقتضيات السياسة والاقتصاد، فلا يصح مثلاً الاستئجار على ارتكاب جريمة أو على فعل ما ينافي الآداب الاجتماعية، أو النظام الاقتصادي والسياسي.

ويعبر القانونيون عن حرية الاشتراط وتحديد التزامات التعاقد بقاعدة مشهورة هي (العقد شريعة المتعاقدين) أي أنه قانون ملزم لكل من الطرفين المتعاقدين فيما تقضي به بنوده وشروطه. وقد نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة (١٤٨/١).

وهذا يعني أن السلطان المطلق في إنشاء العقد وآثاره المترتبة عليه هو لإرادة المتعاقدين، دون نظر إلى فكرة التعادل في الغنم والغرم أي ما قد يكون من غبن فاحش على أحد المتعاقدين.

كما أنه يمكن الاتفاق على أنواع جديدة من العقود بحسب ما تقتضيه المصالح الاقتصادية والتطورات الزمنية، دون اقتصار على ما يعرف بالعقود المسماة وهي التي نظمها التشريع وحدد لها التزامات معينة.

وسنعرف أن الفقه الحنبلي يلتقي مع مبدأ سلطان الإرادة المعمول به في نطاق القوانين المدنية المعاصرة.

وسأبحث هذا المبدأ في الفقه الإسلامي من ناحيتين:

الأولى ـ حرية التعاقد ورضائيته.

والثانية ـ حرية الاشتراط وترتيب آثار العقد.

---

(١) لا تعترف الشريعة بما يسمى بالنظام العام، وإنما بما حدّه الله ورسوله.

الأولى - حرية التعاقد ورضائيته:

اتفقت الاجتهادات الإسلامية على أن الرضا أساس العقود[(١)] لقوله تعالى في المعاملات المالية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩/٤] وقوله سبحانه في استحقاق أخذ شيء من حقوق الزوجات: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء: ٤/٤] وقال النبي ﷺ «إنما البيع عن تراض»[(٢)] «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[(٣)]. وبناء عليه فإن مجرد التراضي هو الذي يولد العقد والتزاماته، دون حاجة لممارسة شكلية معينة، إلا عقد الزواج الذي يخضع لخطورته لشكلية الإعلان بالإشهاد عليه. والإرادة حرة في إبرام العقد دون خضوع لأي نوع من أنواع الإكراه العقدي، سواء في المعاملات المالية، أم في عقود الزواج، إلا ما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة، كبيع القاضي أموال المدين المماطل جبراً عنه لإيفاء ديونه، وبيع الأموال المحتكرة لصالح الجماعة، واستملاك الأراضي للمصالح العامة.

واختلفت الاجتهادات الإسلامية على رأيين في مبدأ حرية إنشاء العقود (حرية التعاقد) أي اختيار نظام معين ليكون عقداً بين طرفين، أو اختيار نوع معين من أنواع العقود الجديدة بالإضافة إلى العقود المتعارف عليها في الماضي. وهذان الرأيان هما ما يأتي:

الرأي الأول ـ للظاهرية: (أتباع داود بن علي وابن حزم الأندلسي)[(٤)] وهم المضيقون الذين يقولون: الأصل في العقود المنع حتى يقوم دليل على الإباحة، أي أن كل عقد أو شرط لم يثبت جوازه بنص شرعي أو إجماع فهو باطل ممنوع[(٥)]. واستدلوا على رأيهم بأدلة ثلاثة:

---

(١) راجع نظرية العقد لابن تيمية: ص ١٥٢ ومابعدها.
(٢) حديث حسن رواه ابن ماجه عن أبي سعيد الخدري.
(٣) رواه الدارقطني عن أنس، وفيه مجهول (نيل الأوطار: ٣١٦/٥).
(٤) وليس لهم أتباع في العصر الحاضر.
(٥) فتاوى ابن تيمية: ٣٢٣/٣، الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم: ٥٩٣/٥ ومابعدها ط الإمام.

١ - إن الشريعة شاملة لكل شيء، وقد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمة، ومنها العقود، على أساس من العدل، وليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد مايريدون من العقود، وإلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة.

٢ - يقول النبي ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[١] فكل عقد أو شرط لم يشرعه الشرع بنص أو إجماع يكون باطلاً؛ لأنه إذا تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة وأصولها يكونون قد أحلوا أو حرموا غير ماشرع الله، وليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع. قال ابن حزم معلقاً على هذا الحديث: «فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه»[٢].

٣ - يؤيده الحديث النبوي: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مئة شرط»[٣] أي أن الشرط غير المنصوص عليه باطل، فيقاس عليه العقد، غير المنصوص عليه.

الرأي الثاني ـ للحنابلة وبقية الفقهاء: وهم الموسعون الذين يقولون: الأصل في العقود وما يتصل بها من شروط الإباحة ما لم يمنعها الشرع أو تخالف نصوص الشرع. واستدلوا على رأيهم بما يأتي:

١ - إن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية السابق ذكرها لم تشترط لصحة العقد إلا الرضا والاختيار، وكذلك آية ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ٥/١] أوجبت الوفاء بكل عقد دون استثناء، أي أنها نصت على مبدأ القوة الإلزامية للعقد، وأوجبت على الإنسان الوفاء بعقده الذي باشره بإرادته الحرة، فيصبح العقد ملزماً له بنتائجه، ومقيداً لإرادته حفظاً على مبدأ استقرار التعامل. وهذا يدل على أن تحريم شيء من العقود أو الشروط التي يتعامل بها الناس تحقيقاً لمصالحهم،

---

(١) رواه مسلم عن عائشة، وفي لفظ البخاري: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد».
(٢) الإحكام في أصول الأحكام: ٥/ ٦١٥.
(٣) رواه مسلم عن عائشة بلفظ «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، ولو كان مئة شرط، كتاب الله أوثق».

بغير دليل شرعي، تحريم لما لم يحرمه الله،فيكون الأصل في العقود والشروط هو الإباحة.

٢ - هناك فرق بين العبادات والمعاملات. أما العبادات فيجب ورود الشرع بها، وأما المعاملات ومنها العقود فلا تتطلب ورود الشرع بها. فيكفي في صحتها ألا تحرمها الشريعة استصحاباً للمبدأ الأصولي وهو أن الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء هو الإباحة؛ لأن القصد من المعاملات رعاية مصالح الناس، فكل ما يحقق مصالحهم يكون مباحاً. ويصح التعامل بعقود جديدة لم تعرف سابقاً من طريق القياس أو الاستحسان أو الإجماع أو العرف الذي لا يصادم أصول الشريعة ومبادئها. وهذه المصادر لا بد لها من سند في الكتاب أو السنة.

٣ - يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»[١] «الناس على شروطهم ما وافقت الحق» ويقاس على الشروط الصحيحة كل عقد لا يصادم أصول الشريعة، ويحقق مصالح الناس.

وهذا الرأي هو الأصح، إذ لم نجد في الشرع ما يدل على أي حصر لأنواع العقود وتقييد الناس بها، فكل موضوع لم يمنعه الشرع ولا تقتضي قواعد الشريعة وأصولها منعه جاز التعاقد عليه، على أن تراعى شرائط انعقاد العقود كالأهلية والصيغة وقابلية المحل لحكم العقد.

الثانية ـ حرية الاشتراط وترتيب آثار العقود والقوة الملزمة للعقد:

اتفق الفقهاء على أن العقد المستكمل لأركانه وشرائطه يتمتع بالقوة الإلزامية أي أن كل عقد باشره الإنسان بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه، ومقيد لإرادته؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ٥/ ١] وقوله: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [الإسراء: ١٧/ ٣٤].

---

(١) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي عن عمرو بن عوف، وقوله: «والمسلمون..» من زيادة رواية الترمذي، وقال عنه: هذا حديث حسن صحيح. وقولهم «الناس على شروطهم» في معنى «المسلمون على شروطهم...الحديث».

واتفق الفقهاء أيضاً على أن ترتيب آثار العقود هي في الأصل من عمل الشارع، لا من عمل المتعاقدين. فإرادة المتعاقدين هي التي تنشئ العقد، ولكن الشريعة هي التي ترتب ما لكل عقد من حكم وآثار، و يقول الفقهاء: إن العقود أسباب «جعلية شرعية» لآثارها، أي أن الرابطة بين العقد وآثاره باعتبار أن أحدهما مسبب والآخر سبب ليست رابطة آلية طبيعية عقلية، وإنما هي رابطة جعلها الشارع بينهما، حتى لا يبغي بعض الناس على بعض بما يشترطون من شروط، وحتى يكون لكل تصرف حكمه من المشرع الحكيم.

فإرادة الإنسان مقصورة على إنشاء العقد فقط كعقد البيع، وأما ما يترتب على العقد من آثار كنقل ملكية المبيع إلى المشتري واستحقاق الثمن في ذمة المشتري للبائع، فمتروك لتقدير الشرع.

وتستمد إرادة العاقدين سلطانها من الشرع بالحدود التي حددها لكل عقد، فقد تكون حدود الشرع محققة لحاجةالعاقدين، فلا يحتاجان إلى اشتراط شروط تنقص أو تزيد من آثار العقد المشروعة، فإن لم تحقق حاجة العاقدين وغرضهما احتاجا إلى اشتراط شروط تحقق الغرض المطلوب.

فما مدى سلطة العاقدين على تعديل آثار العقود، أو ما صلاحية الفقهاء في استنباط الحدود المقررة في الشرع أو تعديل الآثار الأصلية للعقد عن طريق اشتراط العاقدين الشروط العقدية إما بالنقص من تلك الآثار، أو بإضافة التزامات على أحد العاقدين لا يستلزمها أصل العقد؟.

وحرية الاشتراط: هو مبدأ سلطان الإرادة في تعديل آثار العقد المقرر في القوانين، علماً بأن الشريعة والقانون متفقان على أن تقرير آثار العقود وأحكامها هو من إرادة الشارع لا من عمل العاقد، والفارق بينهما في مدى تفويض الشارع إلى العاقدين من السلطان على تعديل الأحكام التي قررها التشريع مبدئياً في كل عقد[١].

للفقهاء الشرعيين رأيان في حرية الاشتراط في العقود:

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء: ف ٢١٥، وحاشية ف ٢١٧: ص ٤٧٥.

الرأي الأول ــ للظاهرية، وهم القائلون بأن الأصل في العقود المنع، قالوا: إن الأصل في الشروط المنع، فكل شرط لم يقره الشرع في القرآن أو السنة فهو باطل.

الرأي الثاني ــ لسائر الفقهاء الآخرين: وهو أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، لكن هؤلاء فريقان:

١ - الحنابلة يقولون: الأصل في الشروط العقدية هو الإطلاق، فكل شرط لم يرد الشرع بتحريمه فهو جائز.

٢ - غير الحنابلة يقولون: الأصل في الشروط العقدية هو التقييد، فكل شرط خالف الشرع أو مقتضى العقد فهو باطل، وما عداه فهو صحيح.

وقد سبق ذكر أدلة المذهبين في بحث حرية التعاقد. وفي رأيي أنه يؤخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط للعاقدين في العقود المالية، تحقيقاً لحاجات الناس ومصالحهم ومراعاة لما يطرأ من تطورات وأعراف في إبرام عقود لأغراض مشروعة، وإلا لشلت حركة التجارة والنشاط الاقتصادي الذي اتسع ميدانه في العقود والشروط على نحو لم يكن معروفاً لدى الفقهاء.

ويؤخذ برأي غير ا لحنابلة في عقود الزواج حرصاً على ما له من حرمة وقداسة ولما فيه من جانب العبادة ولما تتطلبه الأسرة من استقرار ودوام، ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحرية الاشتراط التي تتأثر بالأهواء، وتعصف بأغراض الزواج السامية. وقد قال الفقهاء: «الأصل في الأبضاع ـ أي المتعة الجنسية ـ التحريم».

وأكتفي هنا ببيان مذهبي الحنفية والحنابلة في الشروط المقترنة بالعقد. أما مذهب الشافعية فقريب من مذهب الحنفية، ومذهب المالكية قريب من مذهب الحنابلة.

أولاً ـ مذهب الحنفية في الشروط:

قسم الحنفية الشروط إلى ثلاثة أنواع: الشرط الصحيح، والشرط الفاسد، والشرط الباطل[١].

---

(١) راجع البدائع: ١٦٨/٥-١٧٢، المبسوط: ١٣/١٣-١٨، فتح القدير: ٢١٤/٥ ومابعدها، رد المحتار لابن عابدين: ١٢٦/٤ ومابعدها.

الأول ــ الشرط الصحيح: هو ماكان موافقاً لمقتضى العقد[1]، أو مؤكداً لمقتضاه، أو جاء به الشرع، أو جرى به العرف.

مثال الشرط الذي يقتضيه العقد: اشتراط البائع تسليم الثمن أو حبس المبيع حتى أداء جميع الثمن، واشتراط المشتري تسليم المبيع، أو تملكه. واشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها، واشتراطه عليها تسليم نفسها إذا قبضت مهرها. فهذه شروط تبين مقتضى العقد أوتوافق مقتضاه؛ لأن مضمونها واجب التحقق شرعاً، حتى ولو لم يشترطها أحد العاقدين؛ لأن ثبوت الملك والتسليم والتسلم وحبس المبيع من مقتضى المعاوضات، والإنفاق على الزوجة وزفافها من مقتضى الزواج.

ومثال الشرط المؤكد لمقتضى العقد: اشتراط البائع تقديم كفيل أو رهن معينين بالثمن عن تأجيله للمستقبل، فإن الكفالة والرهن استيثاق بالثمن، فيلائم البيع ويؤيد التسليم. ومثله اشتراط كون والد الزوج كفيلاً بالمهر والنفقة.

والشرط الذي ورد به الشرع: مثل اشتراط الخيار أو الأجل لأحد المتعاقدين، أو اشتراط الطلاق إذا طرأ سبب داع له، فذلك كله مشروع في الشرع.

والشرط الذي جرى به العرف: مثل اشتراط المشتري على البائع التعهد بإصلاح الشيء المشترى مدة معينة من الزمان، كالساعة، والمذياع، والسيارة، والغسالة، والثلاجة، واشتراط حمل البضاعة إلى مكان المشتري، فهذا مما تعارفه الناس وإن كان فيه زيادة منفعة لأحد العاقدين، فجاز استحساناً خلافاً لزفر من الحنفية، بدليل أن النبي اشترى في السفر من جابر بن عبد الله بعيراً، وشرط لجابر ركوبه وحملانه عليه إلى المدينة.

وإقرار هذا الشرط عند الحنفية أدى إلى توسيع حرية الناس في الاشتراط، بما يحقق لأحد العاقدين منفعة زائدة عن مقتضى العقد. كما أدى إلى زوال الشرط الفاسد من معاملات الناس. وأصبحت الشروط كلها صحيحة بالعرف إلا إذا كانت مصادمة لنص تشريعي، أو منافية لمبادئ الشريعة ومقاصدها العامة.

---

(١) مقتضى العقد: هو الأحكام الأساسية التي قررها الشرع لكل عقد، سواء بالنص عليها مباشرة أو باستنباط المجتهدين، بقصد تحقيق التوازن في الحقوق بين العاقدين.

الثاني ــ الشرط الفاسد: هو مالم يكن أحد الأنواع الأربعة السابقة في الشرط الصحيح، أي أنه الذي لا يقتضيه العقد، ولا يلائم المقتضى، ولا ورد به الشرع، ولم يتعارفه الناس، وإنما فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين، كشراء حنطة على أن يطحنها البائع، أو قماش على أن يخيطه البائع قميصاً مثلاً، أو شراء بضاعة على أن يتركها في ملك البائع شهراً، أو بيع دار على أن يسكنها البائع شهراً أو أكثر، أو شراء أرض على أن يزرعها البائع سنة، أو شراء سيارة على أن يركبها البائع مدة من الزمن، أو على أن يقرضه قرضاً أو يهب له هبة ونحو ذلك.

وفي الزواج: اشتراط الزوجة ألا تنتقل من بلدها التي تزوجت فيها، أو ألا يتزوج عليها، أو أن يطلق امرأته الأولى، أو ألا يطلقها أبداً.

ويختلف أثر الشرط الفاسد على العقود بحسب نوع العقد. والقاعدة المقررة في ذلك هي: أن الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يفسدها، وفي غيرها لا يؤثر عليها[١].

إن الشرط الفاسد في المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والقسمة والمزارعة والمساقاة والصلح عن المال يفسدها[٢]؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه «نهى عن بيع وشرط»[٣] ولأن الشرط الفاسد يتنافى مع مبدأ التعادل الذي تقوم عليه المبادلات المالية.

وأما العقود الأخرى غير المبادلات المالية كالتبرعات (هبة أو إعارة) والتوثيقات (كفالة أو حوالة أو رهن)، والزواج والطلاق، والإطلاقات كالوكالة، فلا يؤثر عليها الشرط الفاسد، ويبقى العقد صحيحاً، ويصير الشرط لاغياً لا أثر له، لما ثبت في السنة النبوية من تصحيح هذه العقود وإلغاء الشروط الفاسدة، كالحكم بصحة الهبة وبطلان شرط التأقيت مثلاً.

الثالث ــ الشرط الباطل: هو ما لم يكن أحد أنواع الصحيح، وليس فيه منفعة

---

(١) تبيين الحقائق: ٤/ ١٣١.

(٢) انفرد الإمام مالك من بين الفقهاء بأن الشرط الذي يفسد العقد إن لم يتمسك به مشترطه، ينقلب العقد صحيحاً لزوال سبب الفساد، لأن العلة التي أوجدت الفساد زالت بزوال المانع من صحة العقد وهو عدم تمسك صاحب الشرط به (نظرية العقد لأبي زهرة: ص ٢٤٤).

(٣) رواه أبو حنيفة، وعبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما، وإنما هو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين، كاشتراط بائع البضاعة على المشتري ألا يبيعها أو لا يهبها لأحد، واشتراط بائع الدار على المشتري أن يتركها من غير سكن مدة شهر في كل سنة مثلاً، واشتراط بائع سيارة ألا يــركب المشتري فلاناً فيها أو يضعها في مكان خاص.

العقد صحيح حينئذ، والشرط لغو باطل لا قيمة له، سواء في عقود المعاوضات، أم في العقود الأخرى كالزواج والكفالة والهبة.

ثانياً ـ مذهب الحنابلة في الشروط:

مذهب الحنابلة وعلى التخصيص ابن تيمية وابن القيم أوسع المذاهب في الأخذ بحرية الاشتراط[١]، فهم أقرب إلى الفقه القانوني الآخذ بمبدأ سلطان الإرادة، فهم يرون أن الأصل في الشروط الإباحة أو الإطلاق، فيصح كل شرط فيه منفعة أو مصلحة لأحد العاقدين، كاشتراط صفة معينة في المبيع أو في أحد الزوجين، واشتراط منفعة في عقد البيع كسكنى الدار المبيعة بعد بيعها مدة معينة، وتوصيل المبيع لدار المشتري، وخياطة الثوب للمشتري، واشتراط الزوجة على الزوج ألا يتزوج عليها، أو ألا يسافر بها، أو ألا ينقلها من منزلها.

هذه شروط صحيحة يجب الوفاء بها، سواء في عقود المعاوضات المالية، أم في عقود التبرعات، أو في التوثيقات (أو التأمينات بلغة العصر)، أو الزواج ونحوه، فإن لم يوف بها جاز للعاقد الآخر فسخ العقد.

وهذا رأي القاضي شريح[٢]، وابن شُبرمة[٣] الكوفي، وابن أبي ليلى[٤] وجماعة

---

(١) كشاف القناع: ٢/ ٤٠، غاية المنتهى: ٢/ ٢٣-٢٦، أعلام الموقعين: ٣/ ٤٠١-٤٠٢، ط السعادة، فتاوى ابن تيمية: ٣/ ٣٢٦ ومابعدها، زاد المعاد: ٤/ ٤، نظرية العقد لابن تيمية: ص ٢١٤ ومابعدها.

(٢) شريح القاضي ابن الحارث بن قيس، قاضي الكوفة والبصرة، استمر على القضاء في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية، واستعفى في أيام الحجاج، مات بالكوفة سنة ٧٩ هـ.

(٣) عبد الله بن شبرمة، قاضي فقيه تابعي، عاصر أبا حنيفة، له مذهب فقهي اندثر، ولد سنة ٧٢ هـ ومات سنة١٤٤ هـ.

(٤) هو محمد بن عبد الرحمن قاضي الكوفة، فقيه عالم، مات سنة ١٤٨ هـ.

من فقهاء المالكية، بدليل أن جابراً باع النبي ﷺ بعيراً واشترط حملانه عليه إلى أهله وأقره النبي على ذلك ودفع له الثمن[١]. إن اشتراط الركوب على الجمل فيه منفعة للبائع، فهو شرط فاسد، والفاسد لا يؤثر في العقد مطلقاً.

ولم يستثن الحنابلة ومن وافقهم من الشروط الجائزة إلا الشرط المنافي لمقتضى العقد، أو الذي ورد النهي عنه.

١) الشرط المنافي لمقتضى العقد: كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع الشيء المشترى مطلقاً، أو ألا يقفه على جهة خير مثلاً، أو ألا يسكن فيه أحداً بالإيجار وغيره، العقد حينئذ صحيح والشرط لاغ؛ لأن في هذا الشرط حرمان العاقد من الاستفادة مما يثبته العقد له من حقوق.

٢) الشرط المنهي عنه أو المخالف لحكم الله ورسوله، كاجتماع صفقتين في عقد واحد، مثل اشتراط البائع على المشتري إيجار الدار لفلان، أو أن يهبه شيئاً، أو يبيع له شيئاً أو يقرضه مبلغاً من المال، أو ألا يبيع الناتج الزراعي كالقطن وغيره إلا له واشتراط الزوجة أن يطلق امرأته الأولى. هذه شروط فاسدة تفسد العقد؛ لأن رسول الله ﷺ «نهى عن بيعتين في بيعة» أو «عن صفقتين في صفقة»[٢] ولأن ذلك يؤدي غالباً إلى النزاع بين المتعاقدين في العقد الآخر المشروط، فيسري النزاع إلى العقد الأصلي.

رأي المتأخرين من الحنابلة: أفاض ابن تيمية وابن القيم في بيان نظريتهما في أن الأصل في العقود والشروط الإباحة أو الجواز والصحة حتى يقوم الدليل على المنع؛ لأنها من العادات التي تراعى فيها مصالح الناس. فإن حرمنا ما يجري بين الناس من عقود وشروط، بغير دليل من الشارع،نكون قد حرمنا ما لم يحرمه الله.

والله تعالى أمرنا بالوفاء بالعقود في قوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١/٥]، وطالبنا النبي عليه السلام بتنفيذ الشروط في قوله المتقدم:

---

(١) أخرج لفظه أحمد والشيخان عن جابر (نيل الأوطار: ١٧٨/٥).

(٢) اللفظ الأول رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه عن أبي هريرة. واللفظ الثاني رواه أحمد عن ابن مسعود (نيل الأوطار: ١٥٢/٥).

«والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً». وقررت الشريعة أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وأثرها: هو ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد، وذلك في قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩/٤] فالتراضي هو المبيح للتجارة، وقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤/٤] فإذا كان طيب النفس هو المبيح للصداق، فكذلك سائر التبرعات.

أما استثناء الشرط أو العقد المناقض حكم الله ورسوله، فلقوله ﷺ في الحديث المتقدم: «من أحدث في أمرنا ـ أو ديننا ـ هذا ما ليس منه فهو رد» وفي لفظ «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد» فكل شرط يناقض حكم الله ورسوله يكون باطلاً باتفاق المسلمين، كاشتراط التعامل بالربا أو الاتجار في الخمر ونحو ذلك، لقوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» والمقصود بالشرط الذي ليس في كتاب الله: هو ما فسره عمر بن الخطاب في رسالته لأبي موسى الأشعري في القضاء: «والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً».

وأما استثناء الشرط المنافي لمقصود العقد، كاشتراط عدم الانتفاع بالمشترى ببيع أو إيجار، فلأنه جمع بين المتناقضين، أي بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شيء.

ويلاحظ أن الحنابلة حصروا الشرط المنافي في المناقضة لمقصود العقد الأصلي. فلو شرط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه، فإنه يكون منافياً أو مبطلاً للمقصود الأصلي من العقد، وهو الملك المبيح للتصرف. أما إذا شرط البائع منفعة أخرى كسكنى الدار أو زراعة الأرض، فإنه لا يكون منافياً لمقتضى العقد، ويكون الشرط صحيحاً. وكذلك في الزواج لو شرط فيه ألا تحل به المتعة الزوجية يبطل العقد، لكن لو شرط فيه عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي يصح العقد ويلغو الشرط.

أما الحنفية فقد توسعوا في تفسير المنافاة، وقالوا: كل ما يكون من الشروط فيه منفعة لأحد المتعاقدين، يكون منافياً لمقتضى العقد.

والخلاصة: إن الحنابلة وموافقيهم يرون أن الشريعة فوضت لإرادة العاقدين

تحديد مقتضيات العقود، أو آثارها ضمن نطاق حقوقهما ومصالحهما في كل ما لا يصادم نصوص الشريعة أو أصولها الثابتة.

وهذا الاتجاه لعمر وشريح وابن شبرمة والحنابلة يتفق تماماً مع ما تقرره القوانين الحديثة من مبدأ سلطان الإرادة، وإعطاء الحرية للعاقدين في اشتراط أي شرط لا يخالف قواعد النظام العام أو الآداب أو النصوص القانونية الخاصة.

مزايا الفقه الحنبلي في الشروط:

كان للاجتهاد الحنبلي في حرية الاشتراط العقدي مزايا مهمة فيما يأتي:

أ- الزواج:

أجاز الحنبلية الأخذ بمبدأ حرية الاشتراط في الزواج، لما ثبت في الصحيحين عن النبي ﷺ أنه قال: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» ولما للزواج من جانب كبير من الخطورة والقدسية، إذ تقوم عليه أسرة تتطلب الحفاظ عليها، فتكون رعاية الشروط التي فيها منفعة أوجب وألزم من العقود الأخرى.

إنهم أجازوا خلافاً للحنفية والشافعية والمالكية للزوجين اشتراط ما شاءا من الشروط التي فيها منفعة مقصودة لا تتعارض مع موضوع الزواج ونصوص الشريعة.

وذلك كاشتراط المرأة ألا يسافر بها زوجها، أو ألا ينتقل بها من دارها ويسكن معها، أو ألا يتزوج عليها، أو أن يطلق امرأته الأولى(١)، أو اشتراط أحد الزوجين كون الآخر موسراً ونحو ذلك.

أما اشتراط توقيت الزواج، أو عدم المهر، أو عدم النفقة الزوجية أو عدم الاستمتاع الزوجي ونحوه، فلا يصح لمصادمته أصول الزواج(٢).

وإذا لم يوف الزوج بالشرط كان الطرف الآخر المشروط له مخيراً بين الاستمرار وفسخ العقد بسبب عدم الوفاء بالشرط.

---

(١) اختلف الحنابلة في صحة هذا الشرط، فنص ابن قدامة صاحب المغني على عدم صحة هذا الشرط، ولكن أكثر الحنابلة على القول بالصحة (المغني: ٦/ ٥٦٠، تصحيح الفروع: ٣/ ٥٦).

(٢) نظرية العقد لابن تيمية: ص ٢٠٨ ومابعدها، المغني: ٦/ ٥٤٨ وما بعدها.

٢ـ التبرعات:

أجاز الحنابلة للمتبرع استثناء بعض منافع الشيء المتبرع به، ولو لم تكن المنفعة معلومة، لقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩/ ٩١] فللواهب أو الواقف أو المتصدق أن يشترط لنفسه منفعة من منافع الشيء مدة حياته، كأن يستثني غلة الوقف ما عاش الواقف، أو منفعة الدار الموهوبة مدة الحياة.

٣ـ المعاوضات:

أجاز الحنابلة أيضاً استثناء بعض منفعة الشيء المبيع بشرط أن تكون المنفعة معلومة، كأن يبيع الدار على أن يظل ساكناً فيها مدة معينة، أو السيارة على أن يركبها مدة معينة، والسبب في اشتراط كون المنفعة المستثناة معلومة في المعاوضات بعكس التبرعات: هو بناء المعاوضات على التعادل بين الطرفين، بحث لا يغبن أحدهما الآخر غبناً فاحشاً، فلا بد من كون المنفعة معلومة حتى لا يقع نزاع بين العاقدين، أما التبرع فلا تعادل فيه، ولا يتأتى النزاع فيه بين الطرفين.

وجوزوا استثناء بعض الحقوق كأن يكون البائع أحق بشراء المبيع إذا أراد المشتري بيعه لآخر.

ولم يمنعوا إيجاب بعض الواجبات على المالك كبيع العقار على أن يقفه المشتري، أو يتصدق به، أو يقضي دين فلان أو يصل به رحمه[١]. وهذا دليل على جواز الاشتراط لمصلحة الغير.

وصحح جماعة من الحنابلة خلافاً لبقية الفقهاء **البيع بما ينقطع عليه السعر في المستقبل** بتاريخ معين من غير تقدير ثمن أو تحديده وقت العقد، لتعارف الناس وتعاملهم به في كل زمان ومكان[٢]، كبيع القطن بما يستقر عليه سعر السوق في بورصة الأقطان في الساعة السادسة من يوم كذا. وهذا ما أخذ به القانون المدني السوري في المادة (٣٩٢) وكذا أصله المصري.

---

(١) فتاوى ابن تيمية: ٣/ ٣٤٧.

(٢) أعلام الموقعين: ٤/ ٥ ومابعدها، غاية المنتهى: ٢/ ١٤، نظرية العقد لابن تيمية ص٢٢٠.

وجعل الحنابلة خلافاً لجمهور الفقهاء **بيع العربون** صحيحاً مشروعاً: وهو أن يبيع الشخص شيئاً، ويأخذ من المشتري مبلغاً من المال يسمى عربوناً لتوثيق الارتباط بينهما، فإن تم البيع بينهما احتسب العربون المدفوع من الثمن، وإن نكل المشتري كان العربون للبائع، هبة من المشتري له[١]. أخذ القانون المدني السوري في المادة (١٠٤) بطريقة بيع العربون هذه. وأصبحت طريقة البيع بالعربون في عصرنا الحاضر أساساً للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار. ويسمى ضمان التعويض عن التعطل والانتظار في الفقه القانوني: الشرط الجزائي[٢]. وقد أقره القاضي شريح بقولهِ «من شرط على نفسه طائعاً غير مكره عليه»[٣].

وأجازه الحنابلة لتعارف الناس له، ولما ثبت في السنة: «أن رسول الله ﷺ سئل عن العربان في البيع فأحله»[٤] ويؤيده أثر عن عمر وهو: «أن نافع بن عبد الحارث العامل لعمر على مكة، اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم، فإن رضي عمر كان البيع نافذاً، وإن لم يرض فلصفوان أربع مئة درهم» وأقر عمر شرطه هذا[٥].

٤ـ تعليق التصرفات مطلقاً بشرط:

أجاز الحنابلة تعليق التصرف بشرط معلق في جميع أنواع العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات من بيع وإجارة وكفالة وإقالة وإبراء وزواج وغيرها، كأن

---

(١) غاية المنتهى: ٢/ ٢٦، المغني: ٤/ ٢٣٢، وكذلك صحح الحنابلة الإجارة بالعربون.

(٢) مصادر الحق للسنهوري: ٣/ ٩٦ ومابعدها، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٢٣٤.

(٣) أعلام الموقعين: ٣/ ٤٠٠، ط السعادة.

(٤) حديث مرسل أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن أسلم، وفي إسناده إبراهيم بن يحيى، وهو ضعيف (نيل الأوطار: ٥/ ١٥٣) وأبطله الجمهور بما رواه أحمد والنسائي وأبو داود ومالك في الموطأ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «نهى النبي ﷺ عن بيع العُرْبان» وهو حديث منقطع، وفيه راو ضعيف لا يحتج به وهو حبيب كاتب الإمام مالك (المرجع السابق).

(٥) أعلام الموقعين: ٣/ ٤٠١.

يقول شخص: إن وصلت بضاعتي المستوردة اليوم فقد بعتكها بكذا. أو تقول امرأة: زوجتك نفسي على مهر كذا إن رضي أخي أوعمي مثلاً.

ودليلهم على الجواز إطلاق الحديث النبوي المتقدم: «المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» ولأن تعليق العقود وغيرها على شرط قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة[1].

ومنع جمهور الفقهاء التعليق في جميع العقود ولا سيما التمليكات والزواج، واعتبروها باطلة. وسوغوا فقط تعليق الإسقاطات كالطلاق. كما سوغ الحنفية تعليق عقود الالتزامات والإطلاقات كالكفالة والوكالة بالشرط الملائم فقط، مثل إذا سافر مدينك فأنا كفيله، إذا وصلت بضاعتي من الحديد مثلاً فقد وكلتك ببيعها.

الفرع الثالث ــ عيوب الإرادة أو عيوب الرضا:

عيوب الإرادة: هي الأمور التي تحدث خللاً في الإرادة أو تزيل الرضا الكامل في إجراء العقد. وتسمى قانوناً عيوب الرضا. وهي أربعة أنواع: الإكراه، الغلط، التدليس (أو التغرير)، الغبن مع التغرير. ويختلف تأثيرها على العقد، فقد تجعل العقد باطلاً، كالغلط في محل العقد، وقد تجعله فاسداً أو موقوفاً كالإكراه، وقد تجعله غير لازم كالغلط في الوصف، والتدليس، والغبن مع التغرير.

١- الإكراه:

الإكراه في اللغة: هو حمل الغير على أمر لا يرضاه، قهراً. وفي اصطلاح الفقهاء: حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته، لو ترك ونفسه.

والمقصود بالإرادة: مجرد اعتزام الفعل والاتجاه إليه، فهي أعم الأحوال.

والمقصود بالاختيار: ترجيح فعل الشيء على تركه أو العكس وهو أخص من الإرادة.

---

(١) أعلام الموقعين: ٣/ ٣٩٩.

والرضا: هو الارتياح إلى فعل الشيء والرغبة به، وهو أخص من الاختيار.

والإكراه نوعان: ملجئ أو كامل، وغير ملجئ أو ناقص[(١)].

والإكراه الملجئ أو التام: هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار، بأن يهدده بالقتل، أو بإتلاف بعض الأعضاء، أو بالضرب الشديد الذي يخشى منه القتل أو تلف العضو، أو تلف جميع المال.

وحكمه: أنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار.

والإكراه الناقص أو غير الملجئ: هو التهديد بما لا يضر النفس أو العضو، كالتهديد بالضرب اليسير أو بالحبس، أو بإتلاف بعض المال، أو بإلحاق الظلم كمنع الترقية أو إنزال درجة الوظيفة.

وحكمه: أنه يعدم الرضا، ولا يفسد الاختيار.

وهناك نوع ثالث: **وهو الإكراه الأدبي**: وهو الذي يعدم تمام الرضا، ولا يعدم الاختيار، كالتهديد بحبس أحد الأصول أو الفروع، أو الأخ أو الأخت ونحوهم، وحكمه: أنه إكراه شرعي استحساناً لا قياساً، كما قرر الكمال بن الهمام من الحنفية، وهو رأي المالكية، ويترتب عليه عدم نفاذ التصرفات المكره عليها.

ويرى الشافعي أن الإكراه نوع واحد، وهو الإكراه الملجىء، وأما غير الملجئ فلا يسمى إكراهاً[(٢)].

والإكراه بأنواعه لا يزيل الأهلية، وإنما يزيل الرضا، وقد يزيل الاختيار وهو الملجئ عند الحنفية، ويزيل الرضا والاختيار معاً عند غير الحنفية.

شروط الإكراه:

يشترط لتحقق الإكراه شروط وهي مايأتي:

---

(١) البدائع: ٧/ ١٧٥، تكملة فتح القدير: ٧/ ٢٩٢ ومابعدها، تبيين الحقائق: ٥/ ١٨١، درر الحكام: ٢/ ٢٦٩ ومابعدها، الدر المختار: ٥/ ٨٨ ومابعدها.

(٢) تحفة الطلاب للأنصاري: ص ٢٧٢.

١ - أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به، سواء أكان من الحكام أم من غيرهم، فإن لم يكن قادراً على تنفيذ ما هدد به لعجزه أو لتمكن المستكره من الهرب، فلا يتحقق الإكراه.

٢ - أن يغلب على ظن المستكره إيقاع المكره ما هدد به في الحال إذا لم يمتثل، فإن لم يغلب على ظنه وقوع ما هدد به لا يتحقق الإكراه.

٣ - أن يكون الشيء المهدد به مما يشق على النفس تحمله. وهذا يختلف باختلاف الأشخاص، فيجب أن يبحث تأثيره في كل شخص على حدة.

٤ - أن يكون المهدد به عاجلاً: فلو كان آجلاً في المستقبل لم يتحقق الإكراه؛ لأن بالتأجيل يتمكن المستكره من الاحتماء بالسلطات العامة.

وهذا شرط عند الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة. وقال المالكية: لا يشترط أن يكون المهدد عاجلاً، وإنما الشرط أن يكون الخوف حالاً.

٥ - أن يكون الإكراه بغير حق، أي لا يكون مشروعاً: وهو ما يقصد منه الوصول إلى غرض غير مشروع. فإن كان الإكراه بحق: وهو الذي يقصد منه تحقيق غرض مشروع، فلا تأثير له على التصرفات أصلاً، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه، واستملاك الأراضي جبراً عن أصحابها للصالح العام كتوسيع مسجد أو طريق ونحوه.

أثر الإكراه على التصرفات:

إذا وقع الإكراه على القيام بتصرف من التصرفات كالبيع والإيجار والزواج فما أثر الإكراه عليه؟ للفقهاء رأيان:

قال جمهور الفقهاء غير الحنفية[(١)]: إن الإكراه يؤثر في التصرفات فيجعلها باطلة، سواء أكانت قابلة للفسخ كالبيع والإجارة والهبة ونحوها، أم غير قابلة للفسخ كالزواج والطلاق واليمين والرجعة، فلا يصح البيع أو الإيجار الصادر من

---

(١) الشرح الكبير للدردير: ٢/ ٣٦٧، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٩، المغني: ٧/ ١١٨، غاية المنتهى: ٢/ ٥، القوانين الفقهية: ص ٢٤٦، المحلى: ٨/ ٣٨٠، ٣٨٣ ومابعدها.

المستكره، ولا يقع طلاق المكره، ولا يثبت عقد الزواج بالإكراه؛ لأن الإكراه يزيل الرضا، والرضا أساس التصرفات.

وقال الحنفية[١]: يميز بين التصرفات المحتملة للفسخ، والتصرفات غير المحتملة للفسخ. فإن كان التصرف لا يقبل الفسخ كالزواج والطلاق، فيصح مع الإكراه ويلزم، لأنه تصرف يستوي فيه الجد والهزل، والإكراه في معنى الهزل لعدم القصد الصحيح للتصرف فيهما. بدليل الحديث النبوي: «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون»[٢] وروي عن ابن عمر أنه أجاز طلاق المكره.

وإن كان التصرف قابلاً للفسخ كالبيع والإجارة والهبة فلا يصح مع الإكراه. ويكون العقد فاسداً عند جمهور الحنفية (أبي حنيفة وصاحبيه) أي أنه إذا زال الإكراه وأصر المستكره على العقد مع الطرف الآخر ورضي به صار صحيحاً، فيكون للمستكره بعد زوال الإكراه الخيار بين إمضاء التصرف وفسخه.

وقال زفر من الحنفية والمالكية: يعتبر تصرف المستكره موقوفاً على إجازته عند زوال الإكراه عنه، كتصرف الفضولي. وبما أن هذا التصرف ينفذ ويلزم بالإجازة، فهذا دليل على كون التصرف موقوفاً لا فاسداً، لأن التصرف الفاسد يفسخ فسخاً ولا يجاز إجازة.

وهذا ينبئ أن رأي زفر أوجه وأقوى وأصح؛ لأن جمهور الحنفية: قالوا: إن تصرف المستكره يقبل الإجازة بعد زوال الإكراه، فلو كان فاسداً لماصحت إجازته، لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة بل يجب فسخه شرعاً، ويملك الشيء المعقود عليه بالقبض، وهذا لاينطبق على عقد المستكره. هذا.. وقد نص القانون المدني السوري في المادتين (١٢٨، ١٢٩) على أن الإكراه يجعل العقد قابلاً للإبطال أي كما قال زفر من الحنفية.

---

(١) البدائع: ٧/ ١٨٢ ومابعدها، ١٨٦، تكملة فتح القدير: ٧/ ٢٩٣، ٣٠٣، تبيين الحقائق: ٥/ ١٨٢، ١٨٨، الدر المختار: ٥/ ٨٩ ومابعدها، ٩٦، الكتاب مع اللباب: ٤/ ١٠٨، مجمع الضمانات: ص ٢٠٦.

(٢) ذكر البخاري من قول علي: «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه» وأما الحديث المذكور فهو غريب كما قال الزيلعي (نيل الأوطار: ٦/ ٢٣٥، نصب الراية: ٣/ ٢٢١).

٢- الغلط:

المراد به هنا هو الغلط الواقع في المعقود عليه، في جنسه أو في وصفه. والغلط في ذات أو جنس المعقود عليه: هو أن يظن العاقد أن المعقود عليه من جنس معين، فإذا به من جنس آخر، كأن يشتري شخص حلياً على أنها ذهب أو ماس، ثم يتبين أنها من النحاس، أو الزجاج. أو يشتري حنطة فإذا هو شعير، أو صوفاً فإذا هو قطن، أو يشتري داراً على أنها مبنية بالإسمنت المسلح، فإذا هي مبنية باللبن.

وحكم هذا العقد المشتمل على غلط في جنس المعقود عليه: أنه باطل من أساسه، لفوات محل العقد الذي يريده المشتري، فيكون عقداً على معدوم، والعقد على المعدوم باطل[١].

ويلحق به حالة اتحاد الجنس مع الاختلاف الكبير أو الفاحش في القيمة كشراء سيارة من جنس معين ومصنوع في عام معين، فإذا هي صنع أعوام غابرة.

وأما الغلط في وصف مرغوب فيه: فهو أن يظهر المعقود عليه كالوصف الذي أراده العاقد، ثم يتبين أنه مخالف للوصف المشروط صراحة أو دلالة. كأن يشتري شيئاً بلون أسود، فإذا هو كحلي أو رمادي، أو شاة على أنها حلوب، فإذا هي غير حلوب، أو كتاباً لمؤلف معين فإذا هو لمؤلف آخر، أو حقيبة على أنها من جلد فإذا هي من الكرتون المضغوط أو غيره.

وحكم العقد المشتمل على غلط في الوصف: هو أنه غير لازم بالنسبة لمن وقع الغلط في جانبه، أي أن له الخيار بين إمضاء العقد وبين فسخه، لفوات الوصف المرغوب فيه المؤدي إلى اختلال الرضا. وهذا إذا كان العقد قابلاً للفسخ كعقود المعاوضات المالية ونحوها.

ويلحق به الغلط في شخص العاقد، كالتعاقد مع طبيب مشهور فإذا هو غيره، يجعل العقد غير لازم.

---

(١) تبيين الحقائق: ٤/ ٥٢ ومابعدها.

أما **العقود التي لا تقبل الفسخ** كالزواج، فإنه يقع العقد منها عند الحنفية لازماً، أي لا يجوز نقضه بسبب فوات الوصف المرغوب.

وقال الإمام أحمد[1]: يثبت خيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب في عقد الزواج أيضاً، كمن يتزوج امرأة جميلة فيظهر أنها دميمة، أو على أنها متعلمة فإذا هي جاهلة، أو على أنها بكر فإذا هي ثيب فيثبت للزوج حق الفسخ، ولا مهر للمرأة إن حدث الفسخ قبل الدخول، أو بعد الدخول وكان التغرير من المرأة نفسها. فإن كان التغرير من غيرها رجع الزوج على ذلك الغير بما دفعه للمرأة.

أما القانون المدني السوري: فقد نص على حالة الغلط في المواد (١٢١-١٢٥) وجعل العقد قابلاً للإبطال، سواء أكان الغلط في جنس المعقود عليه أم في الوصف المرغوب فيه، فالجزاء واحد في الحالتين، خلافاً لما قرره الفقهاء.

هذا... ولا عبرة في الفقه للغلط الباطني، كأن يشتري سواراً على ظن أنه ذهب، فإن هو نحاس؛ لأن العبرة في العقود للإرادة الظاهرة، كما لا عبرة للغلط في الحكم الشرعي كأن يبيع حصته من الميراث على أنها الربع فإذا هي النصف، إذ لاعذر بالجهل بأحكام الشريعة.

٣- التدليس أو التغرير:

التدليس أو التغرير: هو إغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك. وهو أنواع كثيرة منها: التدليس الفعلي، والتدليس القولي، والتدليس بكتمان الحقيقة.

أما التدليس الفعلي: فهو إحداث فعل في المعقود عليه ليظهر بصورة، غير ما هو عليه في الواقع، أي أنه تزوير الوصف في المعقود عليه أو تغييره بقصد الإيهام، كتوجيه البضاعة المعروضة للبيع، بوضع الجيد في الأعلى، وطلاء الأثاث والمفروشات القديمة، والسيارات، لتظهر أنها حديثة، والتلاعب بعداد السيارة، لتظهر بأنها قليلة الاستعمال.

(١) المغني: ٦/٥٢٦ ومابعدها.

ومن أشهر أمثلته **الشاة المصراة**: وهي التي يحبس اللبن في ضرعها بربط الثدي، مدة يومين أو ثلاثة ليجتمع لبنها ويمتلئ، إيهاماً للمشتري بكبر ضرعها وغزارة لبنها.

وحكم التصرية عند جمهور غير الحنفية[١]: ثبوت الخيار للمدلس عليه بين أمرين: إمساك المبيع دون طلب تعويض عن النقص أو الغبن، أو رده لصاحبه، لقوله ﷺ: «لا تصروا[٢] الإبل والغنم، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعاً من تمر»[٣]. وهذا هو الرأي الراجح.

وقال الحنفية[٤]: ليس للمشتري الحق في فسخ عقد البيع، بل له فقط أن يرجع بالنقصان الذي أصاب ما اشترى. ولم يأخذوا بالحديث السابق لمخالفته القياس: وهو أن ضمان العدوان يكون إما بالمثل أو القيمة، والتمر ليس منهما.

وأما التدليس القولي: فهو الكذب الصادر من أحد العاقدين أو ممن يعمل لحسابه حتى يحمل العاقد الآخر على التعاقد ولو بغبن، كأن يقول البائع أو المؤجر للمشتري أو للمستأجر: هذا الشيء يساوي أكثر، ولا مثيل له في السوق، أو دفع لي فيه سعر كذا فلم أقبل. ونحو ذلك من المغريات الكاذبة.

وحكم هذا النوع: أنه منهي عنه شرعاً؛ لأنه غش وخداع، ولكن لا يؤثر في العقد إلا إذا صحبه غبن فاحش لأحد المتعاقدين، فيجوز حينئذ للمغبون إبطال العقد، دفعاً للضرر عنه، أي أنه يثبت له خيار الفسخ بسبب الغبن مع التغرير، كما سأبين في عيب الغبن.

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٦٤، بداية المجتهد: ٢/ ١٧٤، نهاية المحتاج: ٣/ ١٣٦ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢/ ٦٣ ومابعدها، غاية المنتهى: ٢/ ٣٤.

(٢) التصرية: حبس اللبن في الثدي مدة معينة لإيهام المشتري بأن الشاة ونحوها غزيرة اللبن.

(٣) نيل الأوطار: ٥/ ٢١٤، ط العثمانية. والصاع: ٢٧٥١غم. والحكمة من رد الصاع من التمر: هو التعويض عن اللبن الذي أخذه المشتري لإنهاء النزاع بين العاقدين، وقدر بالصاع لعدم معرفة مقدار اللبن الذي يجب ضمانه للبائع بسبب اختلاط الموجود قبل القبض بالطارئ بعد القبض، وقدر بالتمر لأنه غالب قوت البلد في الماضي، فإن لم يكن هو الغالب كان الواجب صاعاً من غالب قوت البلد. والحديث متفق عليه عن أبي هريرة.

(٤) الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ١٠١، ط البابي الحلبي.

وأما التدليس بكتمان الحقيقة، وهو الصورة المشهورة في الفقه باسم (التدليس): فهو إخفاء عيب في أحد العوضين، كأن يكتم البائع عيباً في المبيع، كتصدع في جدران الدار وطلائها بالدهان أو الجص، وكسر في محرك السيارة، ومرض في الدابة المبيعة، أو يكتم المشتري عيباً في النقود ككون الورقة النقدية باطلة التعامل، أو زائلة الرقم النقدي المسجل عليها، أو ذهب أكثر من خمسها.

وحكم هذا النوع: أنه حرام شرعاً باتفاق الفقهاء[1]، لقول النبي: «المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً، وفيه عيب، إلا بينه له» وقوله عليه السلام: «من غشنا فليس منا»[2]. ويثبت فيه للمدلس عليه ما يعرف بخيار العيب: وهو إعطاؤه حق الخيار: إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أمضاه. كما سيتضح في بحث الخيارات.

ولا فرق في التدليس الموجب للخيار بين أن يصدر من أحد العاقدين، أو من شخص آخر أجنبي عنهما كالدلال ونحوه إذا كان بتواطؤ مع أحد العاقدين[3].

ونص القانون المدني السوري في المادتين (١٢٦، ١٢٧) على التدليس من أحد المتعاقدين أو من غير المتعاقدين، وجعل التدليس موجباً لخيار المدلس عليه وإعطائه الحق في إبطال العقد إذا كانت الحيل المستخدمة من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. وكان العاقد صاحب المصلحة في حالة التدليس من غير العاقدين يعلم بالتدليس أو من المفروض أن يعلم. وهذا إجمالاً يتفق مع الفقه الإسلامي كما تقدم.

٤- الغبن مع التغرير:

الغبن لغة: النقص. والتغرير: الخداع. وعند الفقهاء: الغبن: أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر، بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منها. والتغرير:

---

(١) قال في الدر المختار: ١٠٣/٤: «لا يحل كتمان العيب في مبيع أو ثمن لأن الغش حرام».

(٢) الحديث الأول رواه ابن ماجه عن عتبة بن عامر، والحديث الثاني رواه الجماعة إلا البخاري والنسائي عن أبي هريرة (نيل الأوطار: ٢١٢/٥).

(٣) الدر المختار ورد المحتار: ١٦٧/٤، ط البابي الحلبي.

إيهام خلاف الواقع بوسائل مغرية، وعرفته المجلة (م ١٦٤) بأنه وصف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية.

والغبن نوعان: يسير وفاحش[1].

أما الغبن اليسير: فهو ما يدخل تحت تقويم المقومين أي ما يتناوله تقدير الخبراء كشراء شيء بعشرة،ثم يقدره خبير بثمانية أو تسعة أو عشرة مثلاً، فهذا غبن يسير.

وأما الغبن الفاحش: فهو مالا يدخل تحت تقويم المقومين أو تقدير الخبراء العارفين بأسعار الأشياء، كما لو وقع البيع بعشرة مثلاً، ثم إن بعض المقومين يقول: إنه يساوي خمسة، وبعضهم ستة وبعضهم سبعة، فهذا غبن فاحش، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد. وقدرته المجلة (م ١٦٥) عملاً برأي نصر بن يحيى بأنه نصف العشر أي (٥٪) في العروض التجارية، والعشر أي (١٠٪) في الحيوانات، والخمس أي (٢٠٪) في العقار، أو زيادة.

أثر الغبن في العقد:

الغبن اليسير: لا أثر له على العقد فلا يجيز الفسخ؛ لأنه يصعب الاحتراز عنه، ويكثر وقوعه في الحياة العملية، ويتسامح الناس فيه عادة. واستثنى الحنفية حالات ثلاثاً يجوز فيها فسخ العقد بسبب الغبن اليسير للتهمة وهي:

١ - تصرف المدين المحجور عليه بسبب دين مستغرق: فإذا باع شيئاً من ماله، أو اشترى ولو بغبن يسير، كان للدائنين حق فسخ العقد إلا إذا رضي العاقد الآخر برفع الغبن؛ لأن تصرف المدين موقوف على إجازة الدائنين، فإن أجازوه نفذ، وإن لم يجيزوه بطل.

٢ - تصرف المريض مرض الموت: إذا باع أو اشترى بغبن يسير جاز للدائنين أو للورثة بعد الموت طلب فسخ التصرف، إلا إذا رضي المتعاقد الآخر برفع الغبن.

---

(١) البدائع: ٦/ ٣٠، الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ١٦٦.

٣ - بيع الوصي شيئاً من أموال اليتيم بغبن يسير لمن لا تجوز شهادته له كابنه وزوجته، فينقض العقد.

وأما الغبن الفاحش: فيؤثر في رضا العاقد فيزيله، ولكن هل له الحق في فسخ العقد؟ للفقهاء في ذلك آراء ثلاثة:

الرأي الأول للحنفية[1] : ليس للغبن الفاحش وحده في ظاهر الرواية أثر على العقد، فلا يجيز رد المعقود عليه أو فسخ العقد إلا إذا انضم إليه تغرير (أي وصف المبيع بغير حقيقته) من أحد العاقدين أو من شخص آخر كالدلال ونحوه وهذا ما أخذت به المجلة (م ٣٥٧)؛ لأن الغبن المجرد عن كل خديعة يدل على تقصير المغبون وعدم ترويه وسؤاله أهل الخبرة ولا يدل على مكر العاقد الآخر، ولكل إنسان طلب المنفعة ما لم يضر الجماعة، كما في حالة الاحتكار. فإذا انضم إليه تغرير كان المغبون معذوراً؛ لأن الرضا بالعقد كان على أساس عدم الغبن، فإذا ظهر الغبن لم يتوافر الرضا.

واستثنى الحنفية ثلاث حالات يجوز فيها الفسخ بالغبن الفاحش المجرد عن التغرير، وهي:

أموال بيت المال، وأموال الوقف، وأموال المحجور عليهم بسبب الصغر أو الجنون أو السفه، فإذا بيع شيء من ذلك بغبن فاحش ولو من غير تغرير، نقض البيع (م/ ٣٥٦ مجلة).

الرأي الثاني ـــ للحنابلة[2] : يؤثر الغبن الفاحش في العقد فيجعله غير لازم، سواء أكان بتغرير أم بغير تغرير، ويعطى للمغبون حق فسخ العقد في حالات ثلاث هي:

أ ـــ تلقي الركبان: وهو أن يتلقى شخص طائفة من الناس يحملون متاعاً إلى بلد، فيشتريه منهم، قبل قدومهم البلد ومعرفتهم بالسعر. وهو حرام ومعصية،

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ١٦٦ ومابعدها.

(٢) غاية المنتهى: ٢/ ٣٣، المغني: ٤/ ٢١٢، ٢١٨ ومابعدها.

ويثبت لهم حق الفسخ إذا غبنوا غبناً فاحشاً، لقوله ﷺ: «لا تلقوا الركبان»[١]. وهذا رأي الشافعية أيضاً[٢]، لثبوت الخيار فيه بنص الحديث.

ب ــ النَّجْش: وهو زيادة ثمن السلعة المعروضة للبيع، لا لرغبة في شرائها، بل ليخدع غيره. فيثبت الخيار للمشتري إذا لم يعلم بأن الذي يزيد لا يريد الشراء. وليس له الخيار في الأصح عند الشافعية[٣].

ج ــ المسترسل: وهو الشخص الجاهل بقيمة الأشياء، ولا يحسن المساومة والفصال ويشتري مطمئناً إلى أمانة البائع، ثم يتبين أنه غبن غبناً فاحشاً، فيثبت له الخيار بفسخ البيع.

وقال المالكية: هذه البيوع الثلاثة صحيحة ولكنها حرام للنهي الثابت في السنة عنها شرعاً، ويعطى الخيار بالفسخ للمشتري في حالة بيع النجش دون غيره[٤].

الرأي الثالث ــ للشافعية[٥]: لا أثر للغبن الفاحش في التصرفات سواء رافقه تغرير أم لا؛ لأن الغبن لا يقع إلا بتقصير من المغبون غالباً، فلو سأل أهل الخبرة، لما وقع في الغبن.

والقانون المدني السوري نص في المادة (١٣٠) على حالة خاصة من حالات الغبن وهي الغبن الاستغلالي: وهي حالة انعدام تعادل الأداءات المتقابلة الذي دفع إلى وجوده وجود طيش بيِّن (خفة ظاهرة) أو هوى جامح (الولع الشديد بشيء لا قبل له بدفعه) عند أحد المتعاقدين واستغلال المتعاقد لتلك الحالة النفسية. وقدر الغبن

---

(١) عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال، قال رسول الله ﷺ: «لا تلَقوا الركبان، ولا يبع حاضر لِباد»، قلت لابن عباس: ما قوله، ولا يبع حاضر لباد؟ قال: «لا يكون له سمساراً». متفق عليه واللفظ للبخاري (سبل السلام: ٣/ ٢٠ ومابعدها).

(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٣٧، المهذب: ١/ ٢٩٢.

(٣) مغني المحتاج: ٢/ ٣٧، المهذب: ١/ ٢٩١.

(٤) القوانين الفقهية: ص ٢٦٤، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٦٧-٧٠، الشرح الصغير: ٣/ ٨٧. أما النهي عن تلقي الركبان فهو عند البخاري ومسلم كما تقدم، وأما النهي عن النجش فهو عند أحمد والشيخين عن ابن عمر: «نهى النبي ﷺ عن النَّجْش».

(٥) مغني المحتاج: ٢/ ٣٦.

في بيع العقار في المادة (١/ ٣٩٣) بما زاد على الخمس. وجعل جزاءه قابلية العقد للإبطال لطلب المغبون برفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد. وكل قابل للإبطال (البطلان النسبي) يقبل الإجازة ممن تقرر الإبطال لمصلحته.

المبحث الثالث ـ شروط العقد:

عرفنا فيما مضى عناصر العقد الأساسية الأربعة: وهي صيغة التعاقد، والعاقدان، والمحل المعقود عليه، وموضوع العقد أو المقصد الأصلي للعقد.

ويتطلب العقد بالإضافة لعناصره توافر أربعة أنواع من الشروط: وهي شروط الانعقاد، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم.

والقصد من هذه الشروط في الجملةمنع وقوع المنازعات بين الناس، وحماية مصالح العاقدين، ونفي الغرر (أي الاحتمال) والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة.

والمراد بالشرط: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجاً عن حقيقته[1]، كالطهارة للصلاة شرط فيها وهي أمر خارج عن الحقيقة، وحضور الشاهدين في الزواج شرط فيه، وتعيين العوضين في البيع أو قابلية المبيع للتمليك شرط فيه، والقدرة على تسليم المبيع أو أهلية العاقد شرط في البيع؛ لأن كلاً منها ليس من أجزاء العقد[2].

ويقسم الفقهاء الشروط بحسب مصدرها إلى شرط شرعي وشرط جعلي.

الشرط الشرعي: هو الذي يفرضه الشرع، فيصبح لا بد منه لتحقق العقد، ولا يوجد إلا به. وهذا محل البحث هنا، كاشتراط أهلية العاقد لانعقاد العقد.

والشرط الجعلي[3]: هو الذي يشترطه العاقد بإرادته ليحقق له مقصداً خاصاً في

---

(١) أما الركن كما عرفنا: فهو عند الحنفية ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً من حقيقته أو ماهيته. كالركوع ركن في الصلاة لأنه جزء منها، والقراءة في الصلاة ركن؛ لأنه جزء من حقيقة الصلاة. والإيجاب والقبول في العقد ركنان لأنهما جزآن من حقيقة العقد.

(٢) مرآة الأصول لمنلا خسرو: ٢/ ٣٣٩.

(٣) سمي جعلياً: لأن الشخص العاقد لا الشرع هو الذي جعله شرطاً قيد به العقد أو علقت عليه في أمر كان له الخيار في تنجيزه وتعليقه.

العقد، فيجعل مقترناً بالعقد، أو معلقاً عليه كتعليق الكفالة والطلاق، مثل إن سافر مدينك اليوم فأنا كفيل بدينك، وإن فعلتِ (مخاطباً زوجته) كذا فأنت طالق، وكسائر القيود والالتزامات التي يشترطها المتعاقدان على أنفسهما.

وقد بحثت ذلك في بحث حرية العاقد في الشروط.

أولاً ــــ شرائط الانعقاد:

هي ما يشترط تحققه لجعل العقد في ذاته منعقداً شرعاً وإلا كان باطلاً. وهي نوعان: عامة وخاصة.

فالشرائط العامة: هي التي يجب توافرها في كل عقد.

والشرائط الخاصة: هي التي يطلب وجودها في بعض العقود دون سواها. كاشتراط الشهود في عقد الزواج، فلا ينعقد الزواج إلا بحضور الشاهدين، وإلا كان باطلاً.

وكاشتراط التسليم في العقود العينية (وهي الهبة والإعارة والإيداع والقرض والرهن) فلا يتم انعقاده إلا بتسليم محل العقد وإلا كان باطلاً.

وكعدم تعليق العقد على شرط في المعاوضات والتمليكات كالبيع والهبة والإبراء، فإن التعليق يبطلها. والشرائط العامة للانعقاد: هي الشروط المطلوبة في صيغة التعاقد وفي العاقد، وفي المحل المعقود عليه، وألا يكون العقد ممنوعاً شرعاً، وأن يكون العقد مفيداً.

أما شروط الصيغة والعاقد ومحل العقد فقد ذكرت سابقاً فلا داعي لتكرارها هنا.

وأما كون **العقد غير ممنوع شرعاً:** فهو ألا يوجد نص شرعي يقتضي بطلانه، مثل التبرع من مال الصغير القاصر أو بيع شيء من ماله بغبن فاحش، فلا تنعقد الهبة من مال القاصر من أي واحد، سواء الولي أومن نفس الصغير، ويكون العقد باطلاً، حتى ولو أجازه الصغير بعد بلوغه؛ لأن الباطل لا يقبل الإجازة. ومثل الاستئجار على فعل المعاصي أو ارتكاب الجرائم أو بيع المخدرات والمسكرات.

ومثل بيع الغرر (أي غرر الوجود) وهو بيع الشيء المحتمل للوجود والعدم، أي أن المعقود عليه هو المحتمل للوجود والعدم كبيع اللبن في الضرع والصوف على الظهر، واللؤلؤ في الصدف، والحمل في البطن، والسمك في الماء، والطير في الهواء قبل صيدهما. ومنه بيع ضربة القانص (وهو أن يقول البائع: بعتك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا)، وضربة الغائص (وهو أن يقول البائع: أغوص غوصة، فما أخرجته من اللآلئ فهو لك بكذا).

ومنه بيع المضامين (ما في أصلاب الذكور) والملاقيح (ما في بطون الإناث) وبيع الملامسة والمنابذة وإلقاء الحصاة أو الحجر: وهي أن المشتري أو البائع إذا لمس المبيع أو نبذه البائع للمشتري، أو ألقى المشتري عليه حصاة أو حجراً، فقد لزم العقد، فالمبيع في هذه الأحوال مجهول الذات أو المقدار، وقد ثبت النهي عنها كما تقدم، وكانت بيوعاً متعارفة في الجاهلية، فهي باطلة أي أن غرر الوجود مبطل للبيع.

والخلاصة: أن المنع الشرعي[١] قد يكون بسبب طريقة العقد كبيع الغرر، أو بسبب محل العقد كبيع المخدرات والاستئجار على فعل المعاصي، أو بسبب موضوع العقد كهبة مال القاصر، والتعامل بالذهب في سوريا ومصر[٢].

وأما كون العقد مفيداً[٣]: فهو أن يحقق مصلحة معقولة. فلا ينعقد الرهن مثلاً في مقابل الأمانة كالوديعة؛ لأن المرهون به يجب أن يكون مضموناً[٤]؛ لأن قبض الرهن مضمون، فلا بد أن يقابله مضمون، والوديعة ونحوها أمانة غير مضمونة. ولا يصح التعاقد بين اثنين على عدم الاشتغال في التجارة مثلاً؛ لأن ذلك مصادم لمبدأ حرية الإنسان الاقتصادية، وحماية هذه الحرية من النظام العام في الإسلام.

---

(١) يلاحظ أن النهي أو المنع الشرعي عند الحنفية قد يكون أثره البطلان أو عدم الانعقاد وقد يكون أثره الفساد أي الانعقاد مع الخلل الفرعي.

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ١٦٧.

(٣) المرجع السابق: ف ١٦٩.

(٤) الأمانة: هي التي لا تضمن إذا تلفت (أي لا يدفع بدلها) إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ. والمضمون: هو الذي يضمن إذا تلف لأي سبب كان التلف.

كما لا يصح التعاقد أيضاً على أمر واجب على الإنسان شرعاً، كالاتفاق على الامتناع من فعل جريمة، والاستئجار على فعل الواجبات الدينية كالصلاة ومجرد قراءة القرآن[١]، واستئجار الزوجة على القيام بأعمال المنزل أو على إرضاع طفلها؛ لأن ذلك واجب عليها ديانة.

ثانياً ـــ شرائط الصحة:

وهي ما يشترط شرعاً لترتيب آثار العقد، فإن فقدت كان العقد فاسداً، أي مختلاً اختلالاً في ناحية فرعية متممة غير أساسية، مع كونه منعقداً موجوداً في حد ذاته.

وأغلب شرائط الصحة خاص بكل عقد على حدة. ففي البيع مثلاً يشترط عند الحنفية خلوه من أحد العيوب الستة الآتية: وهي الجهالة، والإكراه، والتوقيت، والغرر (غرر الوصف)، والضرر، والشرط الفاسد[٢].

أما الجهالة: فهي الجهالة الفاحشة التي تفضي إلى نزاع يتعذر حله، وهو النزاع الذي تتساوى فيه حجة الطرفين بالاستناد إلى الجهالة. وهي أربعة أنواع: جهالة المبيع أو الثمن جنساً أو نوعاً أو قدراً، وجهالة أجل وفاء الثمن، أو مدة خيار الشرط، وجهالة وسائل التوثيق كتقديم كفيل أو رهن مجهولين.

وأما الإكراهبنوعيه الملجئ والناقص فيفسد العقد عند جمهور الحنفية، ويجعل العقد موقوفاً عند زفر، على التفصيل الذي ذكرسابقاً.

وأما التوقيت: فهو تأقيت البيع بمدة شهر أوسنة، فيفسد؛ لأن ملكية العين لا تقبل التأقيت. كذلك يفسد الزواج في حال تأقيته بمدة معينة؛ لأنه مشروع بصفة التأبيد.

---

(١) لكن أفتى متأخرو الفقهاء من الحنفية، والمالكية والشافعية بجواز أخذ الأجرة على ممارسة الشعائر الدينية مثل الأذان والإقامة والإمامة في صلاة الجمعة والجماعة، وعلى تعليم القرآن للضرورة خشية ألا يقوم بها أحد فتتعطل (تبيين الحقائق: ٥/ ١٢٤، البدائع: ٤/ ١٩١ ومابعدها، بداية المجتهد: ١/ ٢٢١، مغني المحتاج: ٢/ ٣٤٤، المهذب: ١/ ٣٩٨).

(٢) رد المحتار: ٤/ ٦، فتح القدير: ٥/ ٢١٩، البدائع: ٧/ ١٨٨.

وأما غرر الوصف:فهو كبيع بقرة على أنها تحلب كذا رطلاً، فهو بيع فاسد؛ لأن المقدار المذكور من الحليب موهوم التحقق، فقد ينقص. وأما غرر الوجود: وهو ماكان المبيع فيه محتملاً للوجود والعدم، فيجعل البيع باطلاً كما تقدم.

وأما الضرر: فهو كبيع جذع معين من سقف مبني لا يمكن تسليمه إلا بهدم ما حول الجذع، وكبيع ذراع من ثوب يضره التبعيض.

وأما الشرط الفاسد عند الحنفية(١) فهو كل شرط فيه نفع لأحد المتبايعين، ولم يتعارفه الناس كبيع سيارة على أن يستخدمها شهراً بعد البيع، أو دار على أن

يسكنها مدة معينة، أو كبيع بشرط إقراض مبلغ من المال. وحكمه: أنه يفسد البيع ونحوه من المعاوضات المالية، ولا يؤثر في غيرها كما بان سابقاً في بحث حرية الاشتراط.

كذلك يشترط في البيع المماثلة في الكمية بين البدلين والتقابض في العوضين في مبادلة الأموال الربوية كالنقدين (الذهب والفضة) والحبوب من حنطة وشعير ونحوهما.

ويشترط أيضاً قبض المبيع المنقول قبل التصرف به من المشتري لشخص آخر.

ثالثاً ـــ شرائط النفاذ:

يشترط لنفاذ العقد شرطان(٢):

أولاً ـ الملك أو الولاية .**أما الملك**:فهو حيازة الشيء متى كان الحائز له قادراً وحده على التصرف فيه عند عدم المانع الشرعي، أي أن المالك له حرية التصرف والاستقلال بمنافع الشيء إلا إذا وجد مانع كالجنون أو السفه أو الطفولة أو عدم التمييز.

وأما الولاية: فهي سلطة شرعية بها ينعقد العقد وينفذ، وهي إما أصلية: وهي أن

(١) الدر المختار: ٤/ ١٢٧.
(٢) الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ٦،١٠٤، البدائع: ٥/ ١٥٥.

يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه. أو نيابية: وهي أن يتولى الشخص أمور غيره من ناقصي الأهلية، إما بإنابة المالك كالوكيل، أو بإنابة الشارع كالأولياء (الأب أو الجد) والأوصياء (وصي الأب أو الجد أو وصي القاضي).

ويترتب على هذا الشرط أن محل العقد ينبغي أن يكون مملوكاً للعاقد، فإن لم يكن مملوكاً له بأن كان فضولياً، كان العقد غير نافذ أو موقوفاً على إجازة المالك إذا باعه عن مالكه نفسه، أما إن باعه عن نفسه هو، لا عن مالكه نفسه، كان البيع باطلاً.

وقد جعل الشافعي وأحمد الملك أو الولاية من شرائط الانعقاد، فتعتبر تصرفات الفضولي باطلة. كما ذكر سابقاً.

ثانياً ـ ألا يكون في محل العقد حق لغير العاقد: فإن تعلق به حق الغير كان العقد موقوفاً غير نافذ، وتعلق حق الغير له ثلاثة أوجه[1].

١ - أن يكون حق الغير متعلقاً بعين المحل المعقود عليه، كبيع ملك الغير وتبرع المريض مرض الموت بما يزيد عن ثلث أمواله، يكون موقوفاً على إجازة الورثة.

٢ - أن يكون متعلقاً بمالية المحل المعقود عليه دون عينه، كتصرف المدين غير المحجور عليه بما يضر حقوق الدائنين، تتعلق حقوقهم بمالية أموال المدين لاستيفاء ديونهم، وليست حقوقهم متعلقة بأعيان أمواله، فلو أتى المدين بمال آخر يفيهم به حقوقهم نفذت تصرفاته الموقوفة على إجازتهم.

٣ - أن يكون متعلقاً بصلاحية التصرف نفسه، لا بمحله المعقود عليه، كتصرف ناقص الأهلية المحجور عليه إما حجراً شرعياً بسبب الصغر كالمميز، أو حجراً قضائياً بسبب السفه أو الدين المستغرق (المحيط بكل ماله).

إن ناقص الأهلية لا يملك التصرف في أمواله، ويكون تصرفه موقوفاً على إجازة وليه الشرعي من أب أو جد أو وصي. فإن أجازه نفذ، وإن رده بطل.

---

(١) الدر المختار: ١٤٦/٤، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٤/ ١٩٤.

وكما أن حق الغير (أي غير العاقدين) ما نع من نفاذ التصرف، هناك مانع آخر من النفاذ وهو الإكراه.

رابعاً ــ شرائط اللزوم:

الأصل في العقود اللزوم، ويشترط للزوم العقد كالبيع والإيجار خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد المتعاقدين فسخ العقد، والتي تثبت إما باشتراط العاقد أو بإيجاب الشرع[١]. فإن وجد في العقد خيار كخيار الشرط أو خيار العيب أو الرؤية منع لزوم العقد في حق من له الخيار، فكان له أن يفسخ العقد أو أن يقبله، إلا إذا حدث مانع من ذلك، كما سيتبين في بحث الخيارات. ويسمى العقد المشتمل على الخيار غير لازم.

المبحث الرابع ـ آثار العقد:

لكل عقد أثر خاص وأثر عام[٢]:

فالأثر الخاص:هو حكم العقد، وحكم العقد: هو الأثر الأصلي (أو النوعي) للعقد أو الغاية الجوهرية الأساسية المقصودة من العقد كانتقال الملكية في عقد البيع والهبة، وتملك المنفعة في عقد الإيجار والإعارة، وحل المتعة الزوجية في عقد الزواج، وحق احتباس المرهون في عقد الرهن، وتفويض التصرف في عقد الوكالة، ونحو ذلك.

ويقال للحكم الأصلي للعقد موضوع العقد كما بان سابقاً في بحث السبب.

ويفترق الحكم الأصلي للعقد عن الالتزام. فالالتزام هو كون الشخص مكلفاً بفعل، أو بامتناع عن فعل. مثال الأول: تسليم المبيع وأداء الثمن. ومثال الثاني: عدم التعدي على نفس أو مال الغير، وعدم استعمال الوديعة.

ومصدر الالتزام قد يكون هو الشرع كالإنفاق على الأقارب، وقد يكون مصدره

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/٦.

(٢) راجع المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ١٩٣ ومابعدها.

العقد، كالالتزامات بدفع الأجرة أو الثمن، وقد يكون مصدره غير العقد وهو الفعل الضار كضمان المتلفات.

وحكم العقد الأصلي يتحقق آلياً بتقدير الشرع بمجرد انعقاد العقد صحيحاً، فلا يحتاج إلى تنفيذ، فبمجرد انعقاد البيع صحيحاً تنتقل الملكية للمشتري، وهكذا سائر أحكام العقود.

أما الالتزام: فيحتاج إلى تنفيذ؛ لأنه تكليف على شخص لمصلحة آخر، فملكية المبيع وإن انتقلت إلى المشتري بمجرد البيع، لكن ذلك الأثر يحتاج إلى تنفيذ التزام البائع: وهو القيام بتسليم المبيع إلى المشتري.

والالتزامات قد يستلزمها العقد ذاته: وهي التي نظمها الشرع آثاراً للعقد المنشئ لها كالالتزام بتسليم المبيع وضمان العيب، والالتزام بدفع الثمن أو الأجرة.

وقد يشترطها العاقد كاستعمال المبيع مدة بعد البيع، وإيصال المبيع لبيت المشتري، ودفع الأجرة سلفاً، ونحو ذلك.

وأما الأثر العام: فهو ما تشترك فيه كل العقود أو معظمها من أحكام ونتائج. وللعقود أثران عامان هما: النفاذ، والإلزام واللزوم.

والنفاذ: معناه ثبوت حكم العقد الأصلي منذ انعقاده، أي أن آثار العقد الخاصة ونتائجه المترتبة عليه تحدث فور انعقاد العقد، فنفاذ عقد البيع مثلاً معناه انتقال ملكية المبيع والثمن بمجرد انعقاده، وإيجاب تنفيذ الالتزامات على الطرفين، كتسليم المبيع وتسلم الثمن، وضمان العيب إن ظهر فيه عيب.

ونفاذ عقد الزواج معناه: إحلال المتعة الزوجية بمجرد انعقاده، وإيجاب الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد بينهما، كالتزام الرجل بالنفقة، ومسؤولية المرأة عن الطاعة المشروعة.

والنفاذ يقابله التوقف، فيقال: عقد نافذ وعكسه موقوف.

وأهم أنواع العقد الموقوف سبعة هي:

عقد المكره، وعقد المميز، وعقد السفيه المحجور عليه، وعقد المدين بدين مستغرق، وتبرع المريض مرض الموت، وعقد الفضولي، وتصرف المرتد عن الإسلام، فإن عقوده في حال ردته موقوفة عند أبي حنيفة، فإذا عاد إلى الإسلام نفذت، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بالتحاقه بطلت.

والإلزام:معناه العام لغة هو إيجاب تنفيذ التزامات التعاقد، عملاً بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١/٥] ومعناه الخاص فقهاً: هو إنشاء التزامات متقابلة معينة على العاقدين، كما في البيع، أو إنشاء التزام معين على أحد العاقدين، كما في الوعد بجائزة، وهذا من آثار العقد.

و يختلف الإلزام عن اللزوم .**فاللزوم**: هو عدم استطاعة فسخ العقد إلا بالتراضي، والتراضي على فسخ العقد يسمى **إقالة**.

ويكتسب العقد صفة اللزوم عند الحنفية والمالكية بمجرد تمام العقد. وهذا ما أخذ به القانون وجرى عليه القضاء.

وعند الشافعية والحنابلة: لا يكتسب العقد صفة اللزوم إلا بعد انقضاء مجلس العقد، بتفرق العاقدين بأبدانهما، عملاً بخيار المجلس الثابت في السنة النبوية، على ما سيذكر في بحث الخيارات.

المبحث الخامس ـ تصنيف العقود:

للعقود أقسام متعددة باعتبارات مختلفة، أهمها النظر إلى العقد بحسب إقرار الشرع له وعدم إقراره، أو بالنظر إلى كون العقود مسماة أو غير مسماة، أو بالنظر إلى غاية العقد وأغراضه، أو لكون العقد عينياً أوغير عيني، أو باعتبار اتصال الأثر به وعدم اتصاله.

التقسيم الأول ــــ بحسب وصف العقد شرعاً:

ينقسم العقد بحسب الوصف الذي يعطيه الشرع له بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه إلى **صحيح** تترتب عليه آثاره، **وغير صحيح** لا تترتب عليه آثاره.

العقد الصحيح:

هو الذي استكمل عناصره الأساسية من (صيغة وعاقدين ومحل عقد وموضوع عقد)، وشرائطه الشرعية. فيصبح صالحاً لترتب حكمه وآثاره عليه. ويعرفه الحنفية بقولهم: هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه(١).

وحكم العقد الصحيح: ثبوت أثره في الحال، فالبيع الصادر من كامل الأهلية على مال متقوم شرعاً، ولغاية مشروعة، يترتب عليه ثبوت ملك المبيع والثمن للمشتري والبائع فور انتهاء الإيجاب والقبول إذا لم يكن في البيع خيار.

العقد غير الصحيح:

هو ما اختل فيه أحد عناصره الأساسية أو شرط من شروطه. وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر كبيع الميتة والدم والخمر والخنزير، وكبيع فاقد الأهلية. ويشمل غير الصحيح عند جمهور الفقهاء غير الحنفية: الباطل والفاسد، وهما بمعنى واحد.

وأما الحنفية: فيقسمون غير الصحيح إلى باطل وفاسد. فلكل واحد معنى مختلف عن الآخر، وتلك القسمة محصورة في العقود الناقلة للملكية أو العقود التي توجب التزامات متقابلة من العاقدين، كالبيع والإجارة والهبة والقرض والحوالة والشركة والمزارعة والمساقاة والقسمة.

أما العقود غير المالية كالوكالة والوصاية والزواج على الأصح والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة والإيداع، والعبادات، والتصرفات المنفردة كالطلاق والوقف والكفالة والإقرار ونحوها، فهذه لا فرق فيها بين الفاسد والباطل.

منشأ الخلاف بين الحنفيةوالجمهور:

أساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم راجع لقضية أصولية: وهي فهم أثر النهي

---

(١) أصل العقد أي ركنه (الإيجاب والقبول) وعاقداه ومحله. ووصف العقد: هو ما كان خارجاً عن الركن والمحل كالشرط المخالف لمقتضى العقد، أو كون المبيع غير مقدور التسليم، وكالثمنية فإنها صفة تابعة للعقد.

الصادر عن الشرع، كالنهي عن شراء السمك في الماء، فإنه غرر، وعن بيعتين في بيعة، وكتحريم بيع الخمر والميتة والخنزير ونحو ذلك. فهل النهي يقتضي فساد المنهي عنه، أي عدم الاعتبار والوقوع في الإثم معاً أو أنه يقتصر على إيجاب الإثم وحده مع اعتباره أحياناً؟

ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد لازم له أو غير لازم؟

قال جمهور الفقهاء(١) : إن نهي الشارع عن عقد ما: يعني عدم اعتباره أصلاً، وإثم من يقدم عليه. ولا فرق بين النهي عن ركن من أركان العقد (الضيغة وأهلية العاقدين ومحل العقد) أو النهي عن وصف عارض للعقد ملازم له أو مجاور، لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المتقدم: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد، ومن أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد».

وعليه إذا حدث عقد منهي عنه فهو باطل أو فاسد لا يترتب عليه أي أثر؛ لأن نهي الشرع عنه يجعله غير مشروع أو غير موجود، وإذا كان النهي لوصف فيسري إلى الموصوف.

وقال الحنفية(٢) : قد يكون نهي الشارع عن عقد: معناه إثم من يرتكبه فقط، لا إبطاله، ويفرق بين النهي الراجع لأصل العقد (أي لخلل في الصيغة أو في العاقد أو في المحل) فيقتضي بطلان العقد وعدم وجوده شرعاً وعدم ترتب أي أثر عليه، وبين النهي العائد لأمر آخر كوصف من أوصاف العقد ملازم له، فيقتضي بطلان هذا الوصف فقط، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد، لأنه استكمل عناصره الأساسية، فيكون العقد فاسداً فقط.

فالبيع الصادر عن عديم الأهلية، وبيع غير المال كالميتة، وبيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير والسمك في الماء باطل؛ لأن الخلل فيه راجع لأصل العقد. والبيع المؤقت أو المشتمل على جهالة في الثمن أو المؤدي إلى النزاع في العقد

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ١٦٦، المستصفى: ١/ ٦١، الإحكام للآمدي: ١/ ٦٨، شرح جمع الجوامع للمحلي: ١/ ٨٠، المدخل إلى مذهب أحمد: ص ٦٩، الإبهاج: ١/ ٤٤.

(٢) مرآة ا لأصول: ٢/ ٢٨٩، كشف الأسرار: ص ٢٥٨، رد المحتار لابن عابدين: ٤/ ١٠٤.

كبيعتين في بيعة فاسد؛ لأن الخلل راجع لوصف في العقد خارج عن حقيقته وذاته وأركانه.

وإذا كان النهي بسبب أمر مجاور للعقد غير ملازم له وليس شرطاً فيه، كان مقتضاه الكراهة للإقدام عليه في هذه الحال كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة.

وعلى هذا فإن غير الصحيح عند الحنفية نوعان: باطل وفاسد.

أما العقد الباطل: فهو ما اختل ركنه أو محله، أو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، كأن يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية، كالمجنون وغير المميز، والمميز فيما يضره ضرراً محضاً، أو أن تكون الصيغة غير سليمة، أو يكون محل العقد غير قابل لحكم العقد شرعاً، كبيع ما ليس بمال، أو ما ليس مالاً متقوماً كالخمر والخنزير والسمك في الماء، وكبيع شيء من الأموال العامة كجزء من الطريق أو من مشفى أو مسجد، وكالبيع الذي جعل الثمن فيه غير مال أصلاً كالميتة[1]، أو الشيء المباح. وفي الزواج كالعقد على إحدى المحارم أو التي لم تنته عدتها من مطلقها، أو المتزوجة بزوج آخر، فكل هذه العقود باطلة.

وحكم الباطل: أنه لا يعد منعقداً أصلاً، وإن وجدت صورته في الظاهر، فلا يترتب عليه أي أثر شرعي، فلا يفيد نقل الملكية أصلاً، إذ لا يعد موجوداً بحال.

وأما العقد الفاسد[2] : فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، أي كان صادراً

---

(١) إذا كان الفساد يرجع للمبيع فالبيع باطل كبيع الخمر والخنزير والميتة والدم، وإن كان الفساد يرجع للثمن: فإن كان الثمن مالاً عند بعض الناس كالخمر والخنزير فالبيع فاسد، وإن كان الثمن ليس مالاً أصلاً كالميتة والدم فالبيع باطل.

(٢) الفساد مرتبة متوسطة بين البطلان والصحة، وليس له نظير في القوانين. أما البطلان المطلق فيقابل البطلان عند الشرعيين، وأما البطلان النسبي فيقابل العقد الموقوف أحياناً وذلك في حال نقص الأهلية أو العقد غير اللازم أحياناً وذلك في حالات عيوب الرضا؛ لأن الباطل بطلاناً نسبياً صحيح إلى أن يقضي القاضي بإبطاله بناء على طلب صاحب المصلحة بإبطاله كالمدلس عليه. ويمكن لصاحب المصلحة إجازة الباطل نسبياً.
أما الفاسد في الفقه الحنفي فهو غير صحيح ولا يترتب عليه أثر، ويجب فسخه إما بطلب أحد العاقدين أو بواسطة القاضي بمجرد علمه، لأنه يحمي أحكام الشريعة. ولا يملك أحد إجازة الفاسد.

ممن هو أهل له، والمحل قابل لحكم العقد شرعاً، والصيغة سليمة، ولكن صاحب ذلك وصف منهي عنه شرعاً، كبيع المجهول جهالة فاحشة تؤدي للنزاع، مثل بيع دار من دور أو سيارة من سيارات دون تعيين، وكإبرام صفقتين في صفقة، كبيع دار على أن يبيعه سيارته، وكبيع مال متقوم جعل ثمنه مالاً غير متقوم كخمر مثلاً، وكبيع بقرة على أنها حامل.

وحكم الفاسد: ثبوت الملك فيه بالقبض بإذن المالك صراحة، أو دلالة كأن يقبضه في مجلس العقد أمام البائع، دون أن يعترض عليه.

والعقد الفاسد واجب الفسخ شرعاً، إما من أحد العاقدين أو من القاضي إذا علم بذلك، لأنه منهي عنه شرعاً. وإمكان الفسخ مشروط بشرطين:

الأول ــ بقاء المعقود عليه على ما كان قبل القبض، فلو تغير شكله بأن هلك أو استهلك، أو كان غزلاً فنسجه،أو قمحاً فطحنه، أو دقيقاً فخبزه، امتنع الفسخ.

والثاني ــ عدم تعلق حق الغير به، فلو تصرف به المشتري لآخر بالبيع أو بالهبة وتم قبضه من الموهوب له، امتنع الفسخ.

العقد المكروه تحريماً:

العقد الباطل منهي عنه لأمر أساسي فيه، والفاسد منهي عنه لوصف ملازم له، فإن كان النهي لوصف غير لازم، أي مجاور للمنهي عنه، فهو مكروه كراهة تحريمية عند الحنفية، وحرام موجب للإثم والمعصية عند جمهور الفقهاء.

ومن أهم هذه العقود المكروهة[1] أو المحرمة لما فيها من الضررأو الغرر مع أنها صحيحة ما يأتي[2]:

(١) المكروه تحريماً عند الحنفية: ما ثبت بدليل ظني فيه شبهة. وهو إلى الحرام أقرب.

(٢) انظر أحكام هذه البيوع في المذاهب: عند الحنفية: فتح القدير: ٥/ ٢٣٩ ومابعدها، تبيين الحقائق: ٤/ ٦٧ ومابعدها، الدر المختار: ٤/ ١٣٩، وعند المالكية: بداية المجتهد: ٢/ ١٦٤-١٦٦، ١٦٨، القوانين الفقهية: ص ٢٥٩، ٢٦٤، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٦٧-٧٠، وعند الشافعية: نهاية المحتاج: ٢/ ٧٤، مغني المحتاج: ٢/ ٣٦ ومابعدها، تحفة الطلاب للأنصاري: ص ١٤٢، الباجوري على ابن قاسم: ١/ ٣٥٣، وعند الحنابلة: غاية المنتهى: ٢/ ١٧، ٣٣، المغني: ٤/ ٢١٢- ٢١٨.

١- **بيع النَّجْش:** وهو أن يزيد الرجل في السلعة، وليس له حاجة بها، إلا ليغلي ثمنها وينفع صاحبها. وهو عند الحنفية مكروه تحريماً، لنهي النبي ﷺ عن النجْش وقال: لا تناجشوا[١]. لكنهم قالوا، أي الحنفية: لا يكره النجش إلا إذا زاد المبيع عن قيمته الحقيقية، فإن لم يكن بلغ القيمة فزاد لا يريد الشراء فجائز، ولا بأس به لأنه عون على العدالة. ويقع البيع صحيحاً عند الجمهور مع الحرمة من غير خيار في رأي الشافعية، وللمشتري عند غيرهم رده إذا لم يوجد مانع، كتغير المبيع وتعيبه، وقال الحنابلة بفساده.

وأما المزايدة أو البيع بالمزاد العلني: وهو أن ينادي على السلعة، ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض حتى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها، فهو بيع صحيح جائز لا ضرر فيه.

٢- **تلقي الركبان أو الجلب:** وهو مبادرة بعض أهل المدينة أو البلد لتلقي الآتين إليها، فيشتري منهم ما معهم، ثم يبيع كما يرى لأهل البلد. وهذا حرام عند الشافعية، ومكروه تحريماً عند الحنفية إن أضر بالأهالي، وإلا فلا يكره إذا لم يلبّس السعر على الواردين لأنه إن فعل هذا كان فيه تغرير بهم. وقد نهى النبي ﷺ عن تلقي البيوع أو أن يتلقى الجلب[٢]. وسبب النهي الإضرار بصاحب السلعة (البادي) لشراء الشيء بأقل من سعره الغالب، والإضرار بأهل البلد أيضاً. والبيع صحيح عند الأئمة، لأن النهي لأمر خارج عن البيع، لكن يثبت فيه عند الحنابلة والشافعية، وفي الأصح خيار الغبن، عملاً بحديث الجماعة إلا البخاري: «فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق».

٣- **بيع الحاضر للبادي:** وهو ألا يبيع الواحد من أهل البلد (الحاضر) ما عنده من

---

(١) أخرج البخاري ومسلم عن ابن عمر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن النَّجْش» وأخرجا أيضاً عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد، ولا تناجشوا» (سبل السلام: ٣/ ١٨، ٢٢).

(٢) أخرج البخاري ومسلم عن ابن عباس حديث «لا تلقوا الركبان، ولا يبع حاضر لباد» (سبل السلام: ٣/ ٢٠). وحديث البخاري: «لا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق، فمن تلقاها فصاحب السلعة بالخيار».

طعام ونحوه إلا لأهل البادية، طمعاً في زيادة الثمن، أو أن يتخصص شخص ببيع بضاعة الغريب على التدريج مع حاجة أهل البلد، بسعر أغلى، مع أن الغريب كان يريد البيع بسعر اليوم. وكراهة هذه البيوع إذا كانت تضر بأهل البلد، وإلا فلا ضرر، وقد نهى النبي ﷺ أن يبيع حاضر لباد[1]. وقد أجاز المالكية فسخ هذا البيع، كالنجش. وهو حرام عند الشافعية. وسبب النهي عنه: الإضرار بأهل السوق لبيع السلعة بأكثر من ثمن المثل، أو من طريق السمسرة، ويفسخ عند المالكية إن لم يفت بتغير أو تعيب أو تصرف، وهو صحيح عند الأئمة الثلاثة؛ لأن النهي لأمر خارج عن البيع، وهو الرفق بأهل الحضر.

٤- البيع وقت النداء لصلاة الجمعة: عند الجمهور من حين صعود الإمام على المنبر إلى أن تنقضي الصلاة، وعند الحنفية: من الأذان الأول. وهذا البيع صحيح مكروه تحريماً عند الحنفية، وصحيح حرام عند الشافعية؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ﴾ [الجمعة: ٦٢/ ٩] ويلحق بالبيع سائر العقود والصناعات كلها لما فيها من شغل عن السعي إلى الجمعة. والنهي عنها لأمر خارج عن حقيقة العقد.

وعد المالكية[2] هذا البيع من البيوع الفاسدة، وقالوا: إنه يفسخ على المشهور وقال عنه الحنابلة: لا يصح هذا البيع[3].

أنواع العقد الصحيح:

ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية والمالكية إلى نافذ وموقوف:

النافذ: هو ما صدر ممن له أهلية وولاية على إصداره، كأغلب عقود الناس مثل العقد الصادر من الرشيد في ماله، أو الولي أو الوصي للقاصر، أو الوكيل لموكله. وحكمه: أنه تترتب عليه آثاره فور صدوره، من غير توقف على إجازة أحد.

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر، وروى الجماعة إلا البخاري عن جابر أن النبي ﷺ قال: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» (نيل الأوطار: ٥/ ١٦٤).

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون بهامش فتح العلي: ٢/ ٣٧٨.

(٣) كشاف القناع: ٣/ ١٦٩ ومابعدها.

والموقوف: هو ما صدر من شخص له أهلية التعاقد، من غير أن يكون له ولاية إصداره. كعقد الفضولي، وعقد الصغير المميز فيما يتردد بين الضرر والنفع، وحكمه: أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه صاحب الشأن الذي يملك إصداره، فإن لم يجزه بطل العقد.

وهذا العقد عند الشافعية والحنابلة باطل.

أنواع العقد النافذ:

ينقسم العقد النافذ إلى لازم وغير لازم:

اللازم: هو ما ليس لأحد عاقديه فسخه دون رضا الآخر، كالبيع والإجارة.

والأصل في العقود اللزوم؛ لأن الوفاء بالعقود واجب شرعاً لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ٥/١].

وتثبت صفة اللزوم عند الحنفية والمالكية بمجرد صدور العقد من العاقدين. وعند الشافعية والحنابلة: لا يلزم العقد إلا بتفرق العاقدين بأبدانهما، أو إذا تخايرا، فاختارا لزومه، عملاً بحديث خيار المجلس: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما للآخر: اختر».

وغير اللازم أو الجائز كما يسميه بعض الفقهاء: هو ما يملك كل من طرفيه أو أحدهما فقط فسخه دون رضا الآخر، إما عملاً بطبيعة العقد نفسه كالوكالة والإعارة والإيداع، أو لمصلحة العاقد كالعقد المشتمل على الخيار.

والعقود بالنسبة إلى اللزوم وقابلية الفسخ وعدمه أربعة أنواع.

أ ـ عقود لازمة لا تقبل الفسخ: كالزواج لايقبل الفسخ ولو باتفاق العاقدين بطريق الإقالة أي لا يقبل الإلغاء الاتفاقي. وإنما يقبل الإنهاء بطرق شرعية كالطلاق والخلع[١] والتفريق القضائي لعدم الإنفاق أو للعيب أو للضرر وسوء العشرة أو للغيبة أو للحبس والاعتقال ونحو ذلك.

---

(١) الطلاق ليس فسخاً للزواج، بل إنهاء له بوضع حد لحكمه وآثاره. والخلع: هو إنهاء الزواج لقاء مال تدفعه الزوجة لزوجها. والطلاق أو الخلع أو التفريق ليست إلغاء للعقد، وإنما هي إنهاء بدليل بقاء حرمة المصاهرة وثبوت النسب بعد الإنهاء، فأم الزوجة مثلاً تبقى محرَّمة على زوج ابنتها أبداً ولو طلق البنت.

وكل ما لا يقبل الفسخ لا يثبت فيه خيار؛ لأن الخيار يعطي حق الفسخ لصاحبه.

٢ـ **عقود لازمة تقبل الفسخ:**أي تقبل الإلغاء بطريق الإقالة أي باتفاق العاقدين. وهي عقود المعاوضات المالية كالبيع والإيجار والصلح والمزارعة والمساقاة ونحوها. وهذه العقود تقبل الفسخ بالخيار أيضاً.

٣ـ **عقود لازمة لأحد الطرفين:** كالرهن والكفالة: فإنهما لازمان بالنسبة إلى الراهن والكفيل، وغير لازمين بالنسبة للدائن المرتهن، والمكفول له؛ لأن العقد لمصلحتهما الشخصية توثيقاً للحق، فلهما التنازل عنه.

٤ـ **عقود غير لازمة للطرفين:** وهي التي يملك كل من العاقدين فيها حق الفسخ والرجوع، كالإيداع والإعارة والوكالة والشركة والمضاربة والوصية والهبة، فالعقود الخمسة الأولى يجوز لكل من العاقدين فسخ العقد متى شاء. والوصية والهبة يصح للموصي والواهب الرجوع عنها، كما يصح للموصى له والموهوب له ردها وإبطالها بعد وفاة الموصي، وفي حال حياة الواهب.

التقسيم الثاني ــ بالنظر إلى التسمية وعدمها:

تقسم العقود إلى مسماة وغير مسماة:

أما العقود المسماة: فهي ما وضع الشرع لها اسماً خاصاً بها، وبيَّن أحكامها المترتبه عليها، كالبيع والإجارة والشركة والهبة، والكفالة والحوالة والوكالة والرهن، والقرض والصلح، والزواج والوصية ونحوها.

وأما العقود غير المسماة: فهي التي لم يوضع لها اسم خاص في الشرع، ولم يرتب التشريع أحكاماً خاصة بها، وإنما استحدثها الناس تبعاً لحاجة. وهي كثيرة لا تنحصر، لأنها تنشأ بحسب تجدد حاجات الناس وتطور المجتمعات وتشابك المصالح، مثل عقد الاستصناع، وبيع الوفاء، وبيع الاستجرار، والتحكير، وأنواع المقاولات، أي التعهدات والالتزامات الحديثة، وأنواع الشركات التي تمنح امتيازات للتنقيب عن النفط والمعادن، وعقود النشر والإعلان في الصحف والمجلات ونحوها.

أما الاستصناع: فهو التعاقد على صنع شيء معين[١] كالأحذية والآنية والسيارات والبواخر، والمفروشات ونحوها. وقد تردد بين اعتبار كونه بيعاً أو إجارة أو وعداً، ثم استقر على تسمية خاصة به.

وأما بيع الوفاء: فهو أن يبيع المحتاج إلى النقود عقاراً على أنه متى وفى الثمن استرد العقار[٢]. تردد بين كونه بيعاً أو رهناً،ثم استقر على هذا الاسم الخاص به.

وبيع الاستجرار: هو ما يستجره الإنسان من البائع، ثم يحاسبه على أثمانها بعد استهلاكها[٣]. تردد بين كونه بيعاً أو ضمان متلفات بإذن مالكها عرفاً، واستقر على هذا الاسم تسهيلاً لأمر الناس ودفعاً للحرج.

والتحكير: هو الاتفاق على الانتفاع بأرض الوقف بالبناء والغرس لقاء أجرة معجلة تقارب قيمة الأرض، وأجرة سنوية ضئيلة، حددت في قانون الملكية العقاري السوري (باثنين ونصف في الألف) من قيمة الأرض المقدرة رسمياً لجباية الضرائب العقارية[٤].

وقد عرفنا في بحث حرية التعاقد: أن الرأي الغالب أو الراجح فقهاً هو جواز إحداث عقود جديدة لا تخالف نصوص الشريعة ومبادئها وقواعدها العامة، كما يقول الحنابلة وبخاصة ابن تيمية وابن القيم. أو من طريق القياس والاستحسان والعرف والمصالح المرسلة وغيرها من أدلة التشريع كما يقول الحنفية والمالكية والشافعية.

التقسيم الثالث ــ بالنظر إلى غاية العقد وأغراضه:

تنقسم العقود بحسب أغراضها وغاياتها إلى مجموعات سبع، فقد تكون غاية العقد هي تمليك شيء، أو الاستيثاق، أو الحفظ، أو التفويض ونحو ذلك.

---

(١) البدائع: ٥/ ٢، فتح القدير: ٥/ ٣٥٤، الفتاوى الهندية: ٤/ ٥٠٤.

(٢) الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ٢٥٧، وانظر المجلة في المواد (٣٩٦-٤٠٣).

(٣) الدر المختار: ٤/ ١٣.

(٤) رد المحتار: ٣/٤٢٨، المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ الزرقاء: ص٤٠، المدخل الفقهي للزرقاء. حاشية ف ٢٩٥.

١- **التمليكات:** وهي ما يقصد بها تمليك شيء، عين أو منفعة، فإن كان التمليك بعوض فهي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، والصرف والصلح، والقسمة، والاستصناع، والمزارعة والمساقاة، والزواج، ونحوها مما فيه معاوضة ومبادلة بين طرفين.

وإن كان التمليك مجاناً بغير عوض فهي عقود التبرعات، كالهبة والصدقة والوقف والإعارة وحوالة الدين.

وقد يكون التبرع في ابتداء العقد كالقرض والكفالة بأمر المدين، والهبة بشرط العوض، ثم يلزم الطرف الآخر بدفع البدل، فهي تبرع ابتداءً، معاوضةٌ انتهاءً.

٢- **الإسقاطات:**وهي ما يقصد بها إسقاط حق من الحقوق، سواء ببدل، أم بدون بدل.

فإن كان الإسقاط بدون بدل من الطرف الآخر فهو الإسقاط المحض، كالطلاق المجرد عن المال، والعفو عن القصاص، والإبراء عن الدين، والتنازل عن حق الشفعة.

وإن كان الإسقاط ببدل أو عوض من الطرف الآخر، فهو إسقاط المعاوضة، كالطلاق على مال، والعفو عن القصاص بالدية.

٣- **الإطلاقات:** وهي إطلاق الشخص يد غيره في العمل، كالوكالة وتولية الولاة والقضاء، والإذن للمحجور عليه بالتصرف أو للصغير المميز بالتجارة، والإيصاء: وهو أن يعهد شخص لآخر في أن يتولى شؤون أولاده القصر بعد وفاته.

٤- **التقييدات:** وهي منع الشخص من التصرف، كعزل الولاة والقضاة، ونظار الوقف، والأوصياء، والقوام على المحجور عليهم، والوكلاء، وحجر الشخص عن التصرف بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الصغر.

٥- **التوثيقات:** (أو التأمينات أوعقود الضمان): وهي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه، وهي الكفالة والحوالة والرهن.

٦- **الاشتراك** وهي التي يقصد بها المشاركة في العمل والربح، كعقود الشركات بأنواعها، ومنها المضاربة: وهي أن يدفع شخص لآخر مبلغاً من المال ليتجر فيه

على أن يشتركا في الربح، والخسارة على رب العمل. ومنها المزارعة (تعهد الأرض بالعناية) والمساقاة (تعهد الأشجار بالسقي ونحوه).

٧- **الحفظ**:وهي التي يراد منها حفظ المال لصاحبه، كعقد الإيداع، وبعض خصائص الوكالة.

التقسيم الرابع ـــ بالنظر إلى العينية وعدمها:

تنقسم العقود إلى عينية وغير عينية.

فالعقد العيني: هو الذي لا بد فيه لتمام انعقاده وترتيب أثره من تسليم الشيء المعقود عليه عيناً. وهو يشمل عقوداً خمسة: هي الهبة والإعارة والإيداع والرهن والقرض[1]. فهذه العقود لا بد لتمامها وترتب أثرها عليها من قبض المعقود عليه؛ لأن هذه العقود ما عدا الرهن من التبرعات، والتبرع إحسان، فلا بد له من شيء يؤكده، وهو القبض. وأما الرهن أي الرهن الحيازي فإنه شرع موصوفاً بالقبض في قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٣] والقبض عند الحنفية: يتم بالتخلية أي بأن يخلي المالك بين المعقود عليه والطرف الآخر، برفع الحائل بينهما، على وجه يتمكن الآخر من الحيازة والتصرف في الشيء[2].

والعقد غير العيني: هو الذي يتم بمجرد الصيغة السليمة من العيوب ويترتب عليه أثره بدون حاجة إلى القبض. وهذا يشمل جميع العقود ماعدا العقود الخمسة السابقة.

---

(١) يشترط منعاً من الوقوع في الربا والاستغلال قبض كل من العوضين في مجلس العقد في مبادلة الأموال الربوية ببعضها (وهي عند الحنفية كل ما يباع كيلاً أو وزناً) كبيع النقود ببعضها وهو عقد الصرف، وكبيع الحنطة بالحنطة أو الحنطة بالشعير. ويشترط أيضاً قبض الثمن (رأس مال السلم) في عقد السلم: وهو بيع آجل بعاجل كبيع المنتجات الزراعية قبل حصادها في الموسم، وذلك في مجلس العقد ذاته.

(٢) البدائع: ٥/ ٢٤٤. وقال المالكية والشافعية: قبض العقار كالأرض والدور يتم بالتخلية، وقبض المنقول كالأمتعة والدواب يتم بحسب العرف الجاري بين الناس (الشرح الكبير للدردير: ٣/ ١٤٥، المجموع: ٩/ ٣٠١-٣٠٩، المهذب: ١/ ٢٦٣) وقال الحنابلة: قبض كل شيء بحسبه، ويرجع فيه إلى العرف (المغني: ٤/ ١١١ ومابعدها).

التقسيم الخامس ـ باعتبار اتصال الأثر بالعقد وعدم اتصاله:

ينقسم العقد بحسب ترتب أثره عليه بمجرد انعقاده وعدم ترتب أثره في الحال إلى أنواع ثلاثة: هي منجز، ومضاف، ومعلق.

١- **العقد المنجز:** وهو ما صدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل. وحكمه: ترتب الآثار عليه في الحال ما دام مستوفياً لأركانه وشروطه المطلوبة فيه. مثل: بعتك هذه الأرض بكذا، وقبل الآخر. يترتب على هذا البيع تحقق أثره عليه في الحال: وهو انتقال الملكية في العوضين.

والأصل في العقود التنجيز في الحال أي أن آثارها تترتب عليها فور إنشائها ما عدا الوصية والإيصاء، فلا يمكن بطبيعتهما أن يكون ناجزين، لإضافتهما حتماً لما بعد وفاة الموصي. أما الوصية: فهي تمليك مضاف لما بعد الموت بالتبرع بشيء لجهة أو شخص ما. وأما الإيصاء: فهو إقامة وصي على أبنائه القاصرين بعد وفاة الولي.

٢- **العقد المضاف للمستقبل:** ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل. مثل: آجرتك داري لسنة من مطلع الشهر القادم. أنتِ طالق غداً أو بعد أسبوع.

وحكمه: أنه ينعقد في الحال، ولكن أثره لا يوجد إلا في الوقت المحدد الذي أضيف إليه.

العقود بالنسبة للإضافة:

العقود عند الحنفية بالنسبة لقبولها الإضافة أو عدم قبولها ثلاثة أنواع:

الأول ـ عقود لا تكون إلا مضافة بطبيعتها: وهي الوصية والإيصاء كما تقدم، سواء أكانت منجزة مثل: أوصيت بكذا للفقراء أو لمسجد البلدة، أم معلقة مثل: إن نجحت في المشروع الفلاني فقد أوصيت بمبلغ كذا للمشفى الفلاني. فإذا تحقق النجاح، لم يثبت حكم الوصية إلا بعد الوفاة.

الثاني ـ عقود لا تقبل الإضافة، وإنما تكون دائماً ناجزة: وهي عقود تمليكات

الأعيان، كالبيع والهبة والصلح على مال والإبراء عن الدين. ويلحق بها الزواج والشركة والقسمة والرجعة؛ لأنها تتطلب شرعاً ثبوت آثارها في الحال، فإذا أضيفت للمستقبل تأخرت آثارها عنها، وذلك ينافي أصل وضعها الشرعي. فالبيع يوجب نقل الملكية في الحال، والزواج يفيد حل الاستمتاع حالاً، فلا يصح تأخير الأثر عنهما.

الثالث ـ عقود تصح منجزة ومضافة للمستقبل: فإذا كانت منجزة ترتب عليها أثرها في الحال،، وإن كانت مضافة تأخر أثرها إلى زمن الإضافة، وهي[1]:

أولاً ـ العقود الواردة على المنافع: كالإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة.

ثانياً ـ الالتزامات أو التوثيقات: كالكفالة والحوالة.

ثالثاً ـ الإطلاقات: كالوكالة والقضاء والوظائف والإدارات والإذن بالتجارة.

رابعاً ـ الإسقاطات: كالطلاق والخلع من جانب الزوج، والوقف.

٣- **العقد المعلق على شرط:** هو ما صدر معلقاً وجوده على أمر آخر بأحد أدوات الشرط. مثل: إن سافرت فأنت وكيلي. إذا قدم فلان من الحجاز فقد بعتك الشيء الفلاني.

ويختلف المعلق على شرط عن المضاف للمستقبل في أن العقد المعلق لا ينعقد إلا حين وجود الشرط المعلق عليه. أما المضاف للمستقبل فهو منعقد في الحال، ولكن آثاره لا يسري مفعولها إلا في المستقبل المضاف إليه.

العقود بالنسبة للتعليق عند الحنفية:

تنقسم العقود من هذه الناحية إلى ثلاثة أنواع هي[2]:

النوع الأول ــ عقود لا تقبل التعليق وهي:

أولاً ـ التمليكات المالية ما عدا الوصية، سواء أكانت واردة على الأعيان كالبيع والإبراء، أم على المنافع كالإجارة والإعارة، بطريق المعاوضة أم بطريق التبرع

---

(١) تبيين الحقائق: ٤/ ١٣٤.

(٢) المرجع السابق، الدر المختار: ٤/ ٢٧٧، فتح القدير: ٥/ ٤٠٤.

كالهبة؛ لا يصح تعليقها على شرط متردد بين الوجود والعدم؛ لأن الملكية لا بد أن تكون مستقرة جازمة لا تردد فيها، وإلا شابهت القمار.

ثانياً ـ المبادلات غير المالية: كالزواج والخلع لا يصح تعليقهما على شرط، مثل: تزوجتك إن نجحت في شهادة كذا، وخالعتك إن رضي أخي؛ لأنه لا بد من تحقق أثرها في الحال.

ثالثاً ـ التقييدات كالرجعة وعزل الوكيل والحجر على الصبي المأذون له في التجارة.

رابعاً ـ الرهن والإقالة (فسخ العقد بالتراضي): لا يصح تعليقهما، مثل: رهنتك هذه الدار إن رضي والدي. أقلتك من البيع إن وجدت مشترياً بثمن أعلى.

وقد عرفنا سابقاً في بحث حرية الاشتراط أن ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة قالا: يصح تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات بالشروط ولا يمنع منها إلا ما ورد بالنهي عنه نص من الشارع.

النوع الثاني ــ عقود يصح فيها التعليق بأي شرط ملائم أم غير ملائم وهي:

أولاً ـ الإسقاطات المحضة: كالطلاق والتنازل عن حق الشفعة.

ثانياً ـ الوكالة والوصية والإيصاء.

ثالثاً ـ الالتزامات التي يراد منها تقوية إرادة الملتزم، كالنذر واليمين، مثل: إن نجحت في الامتحان فلله علي صوم أسبوع ولأتصدقن بمبلغ كذا. ووالله لأفعلن كذا إن انتصرنا على العدو.

النوع الثالث ــ عقود يصح تعليقها بالشرط الملائم دون سواه. وهي الكفالة والحوالة والإذن للصبي بالتجارة.

والشرط الملائم: هو ماكان مناسباً لمقتضى العقد، عرفاً أو شرعاً، بأن يكون أساساً لوجوده، أو سبباً لثبوت الحق، مثل: إن أقرضت فلاناً فأنا كفيله، إن لم أدفع دينك بعد شهر فقد أحلتك به على فلان، إن أحسنت التجارة فقد أذنت لك بها.

أما غير الملائم فمثل: إن نزل المطر فقد كفلت فلاناً، أو أحلتك بدينك على فلان، أو أذنت لك بالتجارة، وإن نجح ابني في شهادة كذا فقد كفلتك. فمثل هذه الشروط غير المفيدة أو التي لا يظهر فيها غرض صحيح تعد نوعاً من العبث أو الهزل واللهو، ولا تصح العقود مع الهزل.

المبحث السادس ـ الخيارات

عرفنا في المبحث السابق أن العقد اللازم: هو الخالي من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخه وإبطاله.

ومعنى الخيار: أن يكون للمتعاقد الحق في إمضاء العقد أو فسخه، إن كان الخيار خيار شرط أو رؤية أو عيب. أو أن يختار أحد المبيعين إن كان الخيار خيار تعيين.

والخيارات سبعة عشر، سأجمل هنا الكلام عن ستة منها فقط، هي خيار المجلس، وخيار التعيين، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية. وقد شرعت الخيارات إما ضماناً لرضا العاقدين أو حفظاً لمصلحتهما، أو دفعاً للضرر الذي قد يلحق أحد العاقدين، فهي مشروعة للضرورة أو للحاجة إليها.

ومصدر الخيارات: إما اتفاق العاقدين كخيار الشرط وخيار التعيين. وإما حكم الشرع، كخيار العيب وخيار الرؤية. وقد يعتبر خيار العيب ثابتاً باشتراط المتعاقد ضمناً لا صراحة.

خيار المجلس عند الشافعية والحنابلة:

خيار المجلس: هو أن يكون لكل من العاقدين حق فسخ العقد ما داما في مجلس العقد، لم يتفرقا بأبدانهما، أو يخير أحدهما الآخر فيختار لزوم العقد.

ومعنى هذا أن العقد لا يلزم إلا بإنهاء مجلس العقد بالتفرق أو بالتخيير. وليس ذلك في كل العقود وإنما في العقود اللازمة من الجانبين فقط القابلة للفسخ وهي عقود المعاوضات المالية كالبيع بأنواعه وصلح المعاوضة والإجارة؛ لأن الدليل

المثبت له وهو الحديث ورد في البيع، فيقاس عليه ما في معناه من عقود المعاوضات[١].

وقد انقسم الفقهاء في شأنه فريقين:

١ - فقال الحنفية والمالكية[٢]: يلزم العقد بالإيجاب والقبول، ولا يثبت فيه خيار المجلس؛ لأن الله أمر بالوفاء بالعقود في قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ٥/١] والخيار مناف لذلك، فإن الراجع عن العقد لم يف به، ولأن العقد يتم بمجرد التراضي، بدليل قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْۚ﴾ [النساء: ٤/٢٩] والتراضي يحصل بمجرد صدور الإيجاب والقبول، فيتحقق الالتزام من غير انتظار لآخر المجلس.

ولم يأخذوا بالأحاديث الواردة في إثبات خيار المجلس لمنافاتها لعموم الآيات القرآنية المذكورة. وتأول الحنفية حديث خيار المجلس «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» بأنه وارد في مرحلة ما قبل تمام العقد. فالبيعان: معناه المتساومان قبل العقد، إن شاءا عقدا البيع، وإن شاءا لم يعقداه، والمراد بالتفرق: هو التفرق بالأقوال لا بالأبدان، أي أن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر، وللآخر الخيار، إن شاء قبل في المجلس، وإن شاء رد، وهذا هو خيار القبول أو الرجوع.

ولكن يلاحظ أن هذا التأويل لا معنى له؛ لأن كل عاقد قبل إبرام العقد حر في القبول وعدمه، ويجعل (أي هذا التأويل) الحديث عديم الفائدة، فلا حاجة للمشرع لإثبات مبدأ حرية الإنسان فيما يلتزم، فهو أصل عام، والأصل في كل إنسان عدم الالتزام. فإذا لم يقبل الذي وجه له الإيجاب لا يسمى ذلك تفرقاً وإنما اختلافاً.

وحديث خيار المجلس لا يعارض آية الأمر بالوفاء بالعقود؛ لأن المراد بالعقود هي الكاملة اللازمة التي لا خيار فيها، ولا يعارض أيضاً آية ﴿تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٤/٢٩]؛ لأن هذا الخيار مشروع للتأكد من تمام التراضي.

---

(١) المجموع للنووي: ٩/١٨٦ ومابعدها، ط العاصمة.

(٢) البدائع: ٥/١٣٤، فتح القدير: ٥/٧٨، بداية المجتهد: ٢/١٦٩ ومابعدها، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٣/٨١، القوانين الفقهية: ص٢٧٤، المنتقى على الموطأ: ٥/٥٥.

٢ - وقال الشافعية والحنابلة إلمثبتون لخيار المجلس[١]: إذا انعقد العقد بتلاقي الإيجاب والقبول يقع العقد جائزاً أي غير لازم، ما دام المتعاقدان في مجلس العقد. ويكون لكل من العاقدين الخيار في فسخ العقد أو إمضائه، ما داما مجتمعين في المجلس لم يتفرقا بأبدانهما، أو يتخايرا. ويحد طبيعة التفرق: العرف الشائع بين الناس في التعامل[٢]، وهذا هو خيار المجلس.

واستدلوا على مشروعيته بالحديث الصحيح الثابت برواية البخاري ومسلم وهو أنه ﷺ قال: «البيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما للآخر: اختر»[٣] أي اختر اللزوم. وأما التفرق فهو أن يتفرقا بأبدانهما، فلو أقاما في ذلك المجلس مدة متطاولة كسنة أو أكثر، أو قاما وتماشيا مسافة، فهما على خيارهما، كما قال النووي. والرجوع في التفرق إلى العادة، فما عده الناس تفرقا فهو تفرق ملزم للعقد، وما لا فلا[٤].

خيار التعيين:

خيار التعيين[٥]: هو أن يكون للعاقد حق تعيين أحد الأشياء الثلاثة المختلفة في الثمن والصفة التي ذكرت في العقد. فإذا عين الواحد صار محل العقد معلوماً بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة.

وهو لا يثبت إلا في عقود المعاوضات المالية التي تفيد نقل ملكية الأعيان كالبيع، والهبة بعوض، والقسمة ونحوها.

---

(١) مغني المحتاج: ٢/٤٣، ٤٥، المهذب: ١/٢٥٧، المغني: ٣/٥٦٣، المجموع: ٩/ ١٩٦، ط العاصمة.

(٢) قال الحنابلة والشافعية: يكون التفرق إما بالمشي أو بالصعود أو بالنزول، أو بالخروج من المكان (غاية المنتهى: ٢/ ٣٠، المجموع للنووي: ٩/ ١٩٢).

(٣) سبل السلام: ٣/٣٣ ومابعدها. قال ابن رشد المالكي: وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها. وأثبت ابن حزم في المحلى تواتره أي رواية جمع غفير له.

(٤) أخذ على هذا الرأي كونه يزعزع من قوة العقد الملزمة، وهو مبدأ خطير من أهم المبادئ القانونية (مصادر الحق للسنهوري: ٢/ ٣٧).

(٥) راجع أحكام خيار التعيين في المواد (٣١٦ - ٣٢٩) من المجلة.

ولا يثبت هذا الخيار إلا للمشتري فقط، على الرأي الراجح عند الحنفية.

وقد اختلف الفقهاء في مشروعيته، فمنعه الشافعي وأحمد وزفر من الحنفية لجهالة المبيع، والمبيع يشترط أن يكون معلوماً.

وأجازه أبو حنيفة وصاحباه استحساناً لحاجة الناس إليه، إذ قد يكون الشخص غير خبير بأحوال المشتريات، فيحتاج إلى استشارة غيره ليأخذ الأرفق والأوفق له. وقد يحتاج الشخص إلى توكيل غيره بالشراء ويرغب في رؤية الشيء المشترى، ولا يوافق التاجر على إخراج البضاعة من محله إلا بشراء واحد من اثنين أو ثلاثة[1]. وهذا معنى معقول وواقعي، محقق لمصلحة التاجر لكي تصبح البضاعة المقبوضة مضمونة لا مجرد أمانة، ونافع للمشتري لتحقيق رغبته وميوله، وليس في جهالة المبيع خطورة، لأنها لا تفضي إلى النزاع، لتعيين ثمن كل صنف على حدة.

شروطه:

اشترط الحنفية القائلون بخيار التعيين شروطاً ثلاثة لصحته وهي[2]:

١ - أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء على الأكثر؛ لأن أصناف الأشياء تتراوح عادة بين الجيد والوسط والرديء، فما زاد عن الثلاثة لا يصح فيه الخيار، لعدم الحاجة إليه.

٢ - أن تكون الأشياء متفاوتة القيمة أو الوصف، وثمن كل منها محدد معين، فإن كانت الأشياء متحدة القيمة أو الوصف فلا معنى للخيار بينها. وإذا كان الثمن غير محدد لكل منها، كان مجهولاً، وجهالة الثمن تفسد البيع.

٣ - أن تكون مدة الخيار معلومة، لا تزيد عن ثلاثة أيام عند أبي حنيفة كخيار الشرط، فإن زادت على ذلك فسد العقد.

وقال الصاحبان: يكفي أن تكون المدة معلومة، وإن زادت عن ثلاثة أيام.

أثر خيار التعيين:

إذا اقتصر المشتري على ذكر خيار التعيين بدون خيار الشرط، كان العقد لازماً

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ٢١، البدائع: ٥/ ٢٦١.

(٢) الزيلعي: ٤/ ٢١، البدائع: ٥/ ٢٦١، فتح القدير: ٥/ ١٣٠ ومابعدها.

تثبت به ملكية أحد الأشياء، وينحصر دور المشتري في اختيار أحد الأشياء التي اشتراها. وإن مات المشتري ورثه ورثته في ممارسة حق الاختيار.

فإن انضم إلى خيار التعيين خيار الشرط كان العقد غير لازم، ولا يورث حق الخيار حينئذ، ويحق للمشتري رد العقد بكامله[١].

انتهاء خيار التعيين:

ينتهي خيار التعيين إما صراحة أو دلالة أو حكماً، كأن يقول: قبلت هذا الشيء دون غيره، أو تصرف في أحد الأشياء تصرفاً يدل على أنه اختاره. أو هلك أحد الأشياء في يد المشتري بعد القبض، فيتعين الهالك مبيعاً، وعليه ثمنه، والآخر يكون أمانة في يده يجب رده إلى صاحبه[٢].

خيار الشرط:

خيار الشرط[٣] : هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليها أو لغيرهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه خلال مدة معلومة، كأن يقول المشتري للبائع: اشتريت منك هذا الشيء على أني بالخيار مدة يوم أو ثلاثة أيام.

وشرع للحاجة إليه لدفع الغبن عن العاقد في العقود.

ويثبت فقط في العقود اللازمة القابلة للفسخ بتراضي الطرفين، ولو كان لزومها من جانب واحد، وذلك كالبيع والإجارة، والمزارعة والمساقاة، والشركة ومنها المضاربة، والقسمة، والكفالة والحوالة، والرهن إذا اشترطه الراهن للزوم العقد من جانبه، ولا حاجة للمرتهن لاشتراطه؛ لأن العقد بالنسبة إليه غير لازم.

أما العقود غير اللازمة كالوكالة والإعارة والإيداع والهبة والوصية فلا حاجة فيها لاشتراط الخيار، لأنها بطبيعتها غير لازمة.

وأما العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالزواج والخلع والطلاق فلا يصح اشتراط الخيار فيها، لأنه يتعذر فسخها.

---

(١) البدائع: ٥/ ٢٦١، ٢٦٨، فتح القدير: المكان السابق، و١٣٣.

(٢) البدائع: ٥/ ٢٦١ ومابعدها، فتح القدير: ٥/ ١٣٢.

(٣) راجع أحكام خيار الشرط في المواد (٣٠٠-٣٠٩) من مجلة الأحكام العدلية.

كذلك لا يصح اشتراط الخيار في عقد ي السلم والصرف؛ لأن السلم يشترط لصحته قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، والصرف يشترط فيه قبض البدلين في المجلس. وخيار الشرط يقتضي تأخير القبض عن المجلس وإذا تأخر القبض عن المجلس فسد العقد، فلا يصح اشتراط خيار فيهما[١].

مدة الخيار:

اتفق جمهور الفقهاء غير المالكية على أن مدة الخيار المشروط ينبغي أن تكون معلومة، فإن لم تكن له مدة، أو كانت المدة مجهولة، أو كان الخيار مؤبداً لم يصح العقد، وكان فاسداً عند الحنفية[٢]، وباطلاً عند الشافعية والحنابلة[٣].

وقال الإمام مالك: يجوز الخيار المطلق بدون تحديد مدة، ويحدد الحاكم له مدة كمدة خيار مثله في العادة؛ لأن اختيار المبيع في مثله مقدر في العادة، فإذا أطلق الخيار حمل على المعتاد. ويفسد العقد باشتراط مدة زائدة على المعتاد بكثير أي بعد يوم، أو بشرط مدة مجهولة كإلى أن تمطر السماء[٤].

ثم اختلف الفقهاء في مقدار مدة الخيار على ثلاثة أقوال:

١ - فقال أبو حنيفة وزفر والشافعي[٥]: إنها لا تزيد على ثلاثة أيام، عملاً بمقتضى الحديث الذي ثبتت به مشروعية هذا الخيار، وهو حديث حَبَّان بن مُنْقِذ الذي كان يغبن في البيع والشراء، فشكا أهله إلى رسول الله ﷺ، فقال: «إذا بايعت فقل: لا خلابة[٦]، ولي الخيار ثلاثة أيام» فهذا الخيار شرع استثناء لدفع الغبن عن

(١) الدر المختار ورد المحتار لابن عابدين: ٤/ ٥٠ ومابعدها.
(٢) البدائع: ٥/ ١٧٤، رد المحتار: ٤/ ٤٩.
(٣) المهذب: ١/ ٢٥٩، المغني: ٣/ ٥٨٩.
(٤) بداية المجتهد: ٢/ ١٠٨، الشرح الكبير: ٣/ ٩٥.
(٥) المبسوط: ١٣/ ٤٠ ومابعدها، البدائع: ٥/ ١٧٤، فتح القدير: ٥/ ١١٠ ومابعدها، مغني المحتاج: ٢/ ٤٧، المجموع: ٩/ ٢٠١.
(٦) أي لا خديعة ولا غبن أي لا يحل لك خديعتي ولا تلزمني خديعتك، والحديث رواه الحاكم والبيهقي والبخاري ومسلم وأبو داود والنسائي ومالك في الموطأ عن ابن عمر (سبل السلام: ٣/ ٣٥، نيل الأوطار: ٥/ ١٨٢).

الناس، فيقتصر فيه على مورد النص، والنص جعل المدة ثلاثة أيام، فلا يزاد عليها، ولأن الحاجة تتحقق بالثلاث غالباً.

فلو زاد عليها فسد العقد عند أبي حنيفة وزفر، ويعود صحيحاً عند أبي حنيفة إذا ارتفع سبب الفساد بإجازة العقد في مدة الأيام الثلاثة، وعند زفر: الفاسد من العقود لا يعود صحيحاً بحال. ويبطل العقد عند الشافعي.

٢ - وقال الصاحبان والحنابلة(١): تكون مدة الخيار بحسب اتفاق العاقدين، ولو كانت أكثر من ثلاثة أيام؛ لأن الخيار شرع للتروي والمشورة، وقد لا تكفي الأيام الثلاثة. والتحديد المذكور في حديث حبان كان كافياً بالنسبة له بتقدير الرسول ﷺ. وما يكون كافياً لشخص قد لا يكفي لغيره، فلا يكون هذا التحديد ما نعاً من الزيادة على المدة المذكورة.

٣ - وقال المالكية(٢): يجوز الخيار بقدر ما تدعو إليه الحاجة، ويختلف ذلك باختلاف الأحوال، فالفاكهة لا يجوز الخيار فيها أكثر من يوم، والثياب والدواب: ثلاثة أيام، والأرض البعيدة: أكثر من ثلاثة أيام، والدار ونحوها: شهر؛ لأن المفهوم من الخيار هواختبار المبيع، وإمكان الاختبار يختلف بحسب المبيعات، تحقيقاً لحاجة العقد.

وتبدأ مدة الخيار بعد العقد مباشرة.

أثر خيار الشرط:

لخيار الشرط أثران: أحدهما متفق عليه، والآخر مختلف فيه.

أما الأثر المتفق عليه: فهوجعل العقد غير لازم بالنسبة لمن له الخيار. فيجوز له الفسخ في مدة الخيار، وإمضاء العقد، وإذا مضت المدة بدون فسخ أو إمضاء سقط خياره ولزمه العقد.

ويصح الفسخ والإمضاء بالقول الدال عليه مثل: أجزت العقد أو أمضيته، أو

---

(١) المبسوط: ٤١/١٣، فتح القدير: ١١١/٥، البدائع: ١٧٤/٥، المغني: ٥٨٥/٣، غاية المنتهى: ٣٠/٢.

(٢) بداية المجتهد: ٢٠٧/٢، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٩١/٣، ٩٥، القوانين الفقهية: ص٢٧٣.

رضيت به، أو فسخته، كما يصح بالفعل الدال عليه أو المتضمن له، كالتصرف في المبيع بالبيع أو الإجارة أو الرهن أو الإعارة، سواء من البائع إذا كان له الخيار، أو من المشتري صاحب الخيار.

ويشترط لصحة الفسخ شرطان[١]:

١ - أن يكون في مدة الخيار، لأن العقد يلزم بمضي مدة الخيار بلا فسخ من صاحب الخيار.

٢ - علم الطرف الآخر بالفسخ إذا كان الفسخ قولياً عند أبي حنيفة ومحمد منعاً من إلحاق الضرر به، فإنه إذا كان بائعاً قد يسكت عن البحث عن مشتر آخر، اعتماداً على أن المشتري لم يفسخ العقد، وفي هذا ضرر به، وإذا كان مشترياً فقد يتصرف في المبيع ظناً منه أن البائع لم يفسخ العقد، فيلحقه الضمان، وفي هذا ضرر به، وبالعلم بالفسخ يمتنع لحوق هذا الضرر.

أما الفسخ الفعلي فلا يشترط فيه علم الطرف الآخر به لأنه أمر حكمي، ولا يشترط العلم في الفسخ الحكمي كعزل الوكيل والشريك والمضارب بارتداده ولحاقه بدار الحرب، أو جنونه جنوناً مطبقاً.

ولايشترط علم الطرف الآخر بإجازة العقد.

وقال أبو يوسف والحنابلة[٢]: لا يشترط علم الطرف الآخر بالفسخ أيضاً؛ لأن القبول بالخيار يدل على تسليط صاحب الخيار على الفسخ، سواء علم الآخر أم لم يعلم.

وأما الأثر المختلف فيه: فهو عدم ترتب أثر العقد عليه.

وهذا عند الحنفية[٣] والمالكية[٤] فالخيار عند هؤلاء مانع من ترتب آثار العقد،

---

(١) البدائع: ٥/ ٢٧٣، تبيين الحقائق: ٤/ ١٨.

(٢) المرجعان السابقان، غاية المنتهى: ٢/ ٣١.

(٣) البدائع: ٥/ ٢٦٤ ومابعدها، فتح القدير: ٥/ ١١٥ ومابعدها، الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٥١.

(٤) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٣/ ١٠٣، القوانين الفقهية: ص ٢٧٣.

فلا تنتقل الملكية عند أبي حنيفة في كلا البدلين إذا كان الخيار للعاقدين أثناء مدة الخيار، أي أنه لا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري، كما لا يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع؛ لأن الخيار موجود في جانبي البائع والمشتري.

وإذا كان الخيار للبائع وحده لا تنتقل ملكية المبيع عنه، ويخرج الثمن عن ملك المشتري؛ لأن العقد لازم في حقه، ولكن لا يدخل في ملك البائع، حتى لا يجتمع البدلان (المبيع والثمن) في يد واحدة، لمنافاته لمبدأ التعادل بين العاقدين.

وقال الصاحبان: يدخل الثمن في ملك البائع؛ لأن الشيء لا يصح أن يكون بلا مالك.

وإذا كان الخيار للمشتري وحده فلا يخرج الثمن عن ملكه، وأما المبيع فيخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة، ويدخل في ملكه عند الصاحبين.

وقرر المالكية: أن ملك المبيع للبائع زمن الخيار، حتى ينقضي الخيار.

ووجهة هذا الفريق: أن من شرط الخيار لنفسه لم يتم رضاه بالعقد، والآثار لا توجد إلا مع الرضا التام.

وقال الشافعية والحنابلة في أظهر الرأيين عندهم[١]: تترتب آثار العقد عليه في فترة الخيار، وتنتقل ملكية البدلين للطرفين المتعاقدين، سواء أكان الخيار للعاقدين أم لأحدهما؛ لأن العقد نافذ، فتترتب أحكامه (آثاره) عليه. وأثر الخيار محصور في منع اللزوم فقط.

وتظهر ثمرة الخلاف بين الفريقين في مؤونة (نفقة) المعقود عليه والزيادة فيه، فعلى رأي الحنفية والمالكية: تكون المؤونة في مدة الخيار على البائع والزيادة له. وعلى رأي الآخرين: تكون المؤونة على المشتري والزيادة له.

---

(١) مغني المحتاج: ٢/ ٤٨، المهذب: ١/ ٢٥٩، المغني: ٣/ ٥٧١، غاية المنتهى: ٢/ ٣٢، القواعد لابن رجب: ص ٣٧٧.

انتهاء خيار الشرط:

العقد المشتمل على الخيار غير لازم، وبانتهاء الخيار إما أن يزول العقد، أو يصبح لازماً. وينتهي الخيار بأحد الأمور التالية[١]:

١ - إمضاء العقد أو فسخه في مدة الخيار، سواء أكان ذلك بالقول أم بالفعل كما تقدم.

٢ - مضي مدة الخيار دون إجازة (إمضاء) أو فسخ.

٣ - هلاك المعقود عليه أو تعيبه في يد صاحب الخيار، فإن كان الخيار للبائع مثلاً بطل البيع وسقط الخيار، وإن كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع، ولكن يسقط الخيار، ويلزم البيع، ويجب على المشتري دفع الثمن، سواء أكان الهلاك أو التعيب بفعل المشتري أو بفعل البائع، أو بآفة سماوية.

٤ - زيادة المعقود عليه في يد المشتري إذا كان الخيار له: زيادة متصلة متولدة منه كسمن الحيوان، أم غير متولدة منه كالبناء على الأرض وصباغة الثوب. أو زيادة منفصلة متولدة منه كولد الحيوان وثمرة البستان. أما الزيادة المنفصلة غير المتولدة منه كالأجرة فلا تبطل الخيار ولا تمنع الرد.

٥ - موت المشروط له الخيار عند الحنفية والحنابلة[٢]: لأن خيار الشرط كخيار الرؤية لا يورث عندهم لأنه حق شخصي خاص بصاحبه، ولا يتصور انتقال ذلك من شخص إلى آخر.

وقال المالكية والشافعية[٣]: لا يسقط الخيار بالموت، بل ينتقل إلى الورثة؛ لأنه حق متعلق بالمال وهو المعقود عليه، وليس من الحقوق الشخصية، والحقوق المالية يجري فيها الإرث، لقوله ﷺ: «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته»[٤].

---

(١) البدائع: ٥/٢٦٧-٢٧٢، المبسوط: ١٣/٤٢-٤٤، فتح القدير: ١١٧- ١٢٥، الدر المختار: ٤/٥٢، ٥٧.

(٢) المغني: ٣/٥٧٩، غاية المنتهى: ٢/٣٣.

(٣) بداية المجتهد: ٢/٢٠٩، القوانين الفقهية: ص ٢٧٣، المهذب: ١/٢٥٩، مغني المحتاج: ٢/٤٥.

(٤) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن المقدام بن معد يكرب بلفظ: «من ترك مالاً فلورثته..» (نيل الأوطار: ٦/٦٢).

خيار العيب:

خيار العيب[١] : هو أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب في أحد البدلين، ولم يكن صاحبه عالماً به وقت العقد.

فسبب هذا الخيار: هو ظهور عيب في المعقود عليه أو في بدله ينقص قيمته أو يخل بالغرض المقصود منه، ولم يكن صاحبه مطلعاً على العيب عند التعاقد، فسمي خيار العيب.

وثبوت هذا الخيار مشروط دلالة أو ضمناً؛ لأن سلامة المعقود عليه أو بدله مطلوبة للعاقد، وإن لم يشترطها صراحة. فإذا لم تتوافر السلامة اختل رضا العاقد بالعقد، والرضا أساس العقود، فشرع له الخيار لتدارك الخلل الحادث.

وإذا لم تتوافر السلامة لم يتحقق أيضاً مبدأ التعادل في التبادل الذي تقوم عليه عقود المعاوضات، فشرع هذا الخيار حفاظاً على مبدأ المساواة هذا.

وقد أثبت الشرع هذا الخيار لمن فوجئ بالعيب بأحاديث نبوية متعددة منها: «المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً، وفيه عيب، إلا بيَّنه له»[٢]، ومر النبي ﷺ برجل يبيع طعاماً، فأدخل يده فيه فإذا هو مبلول، فقال: «من غشنا فليس منا».

ويثبت خيار العيب وخيار الرؤية في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ، كعقد البيع، والإيجار، وقسمة الأعيان والصلح على عوض عيني.

العيب الموجب للخيار: هو عند الحنفية والحنابلة[٣]: كل ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة ويوجب نقصان القيمة في عرف التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً كالعمى والعور، وهذا التعريف ذو معيار مادي. وعند الشافعية[٤] ذو معيار

---

(١) راجع أحكام العيب في المواد (٣٣٦- ٣٥٥) من المجلة.

(٢) رواه ابن ماجه عن عقبة بن عامر (نيل الأوطار: ٥/ ٢١١).

(٣) فتح القدير مع العناية: ٥/ ١٥١، ١٥٣، البدائع: ٥/ ٢٧٤، الدر المختار وحاشيته: ٤/ ٧٤، المغني: ٤/ ١٥٢، غاية المنتهى: ٢/ ٣٥.

(٤) مغني المحتاج: ٢/ ٥١.

شخصي، وهو: كل ما ينقص القيمة أو يفوت به غرض صحيح، كجماح الدابة، أو قطع شيء من أذن الشاة المشتراة للأضحية، أو ضيق الحذاء المشترى.

شروط ثبوت خيار العيب: يشترط لثبوت خيار العيب بعد الاطلاع على العيب شروط وهي(١):

١ - وجود العيب قبل العقد، أو بعده قبل التسليم أي أن يكون قديماً. فلو حدث العيب بعد التسليم،أو عند المشتري لا يثبت الخيار.

٢ - جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض. فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له، لأنه يكون راضياً به دلالة.

٣ - عدم اشتراط المالك البراءة عن العيوب في محل العقد، فلو شرط ذلك فلا خيار للمشتري، لأنه إذا أبرأه فقد أسقط حق نفسه.

٤ - ألا يزول العيب قبل الفسخ.

هذا ويلاحظ أن الحنفية صححوا البيع بشرط البراءة من كل عيب، وإن لم تعين العيوب بتعداد أسمائها، سواء أكان المشترط جاهلاً وجود العيب في المبيع أم عالماً بعيب المبيع. وسواء أكان العيب موجوداً قبل البيع أم حادثاً بعده قبل القبض. وهذا في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد ومالك والشافعي وهو المعمول به في قانوننا المدني: يشمل شرط البراءة: العيب الموجود عند العقد فقط، لا الحادث بعد العقد وقبل القبض؛ لأن البراءة تتناول الشيء الثابت الموجود.

كذلك لا تصح البراءة عند المالكية والشافعية وفي رواية عند الحنابلة(٢) إلا عن عيب لا يعلم به البائع، أما ما يعلم به فلا تصح البراءة عنه.

وقت خيار العيب: يثبت خيار العيب متى ظهر العيب ولو بعد العقد بزمن طويل. أما فسخ العقد بعد العلم بالعيب فوراً أو على التراخي ففيه رأيان للفقهاء:

---

(١) البدائع: ٥/ ٢٧٥ ومابعدها، فتح القدير: ٥/١٥٣.

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٣/١٢٣، القوانين الفقهية: ص ٢٦٥، مغني المحتاج: ٢/ ٥٣، المغني: ٤/ ١٧٨، غاية المنتهى: ٢/ ٢٧.

قال الحنفية والحنابلة[١]: خيار الرد بالعيب على التراخي، ولا يشترط أن يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور. فمتى علم العيب فأخر الرد، لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا؛ لأن هذا الخيار شرع لدفع الضرر، فلا يبطل بالتأخير؛ ولأن الحقوق إذا ثبتت لا تسقط إلا بإسقاطها أوبانتهاء الوقت المحدد لها، وليس لهذا الحق وقت محدد.

وقال المالكية والشافعية[٢]: يجب الفسخ على الفور بعد العلم بالعيب. والمراد بالفور: ما لا يعد تراخياً في العادة، فلو اشتغل بصلاة أو أكل ونحوه لا يعد متراخياً. والسبب في اشتراط الفور: هو ألا يلحق العاقد الآخر ضررمن التأخير، فإذا تأخر في رد المعقود عليه بدون عذر سقط حقه ولزم العقد.

حكم العقد المشتمل على خيار عيب:

حكم العقد أو أثره حال وجود شيء معيب: هو ثبوت الملك للمتملك في محل العقد للحال؛ لأنه إذا لم تتوافر سلامة المعقود عليه تأثر العقد في لزومه، لا في أصل حكمه، بخلاف خيار الشرط؛ لأن الشرط المنصوص عليه ورد على أصل الحكم، فمنع انعقاده بالنسبة للحكم أو الأثر في مدةالخيار[٣].

وأثر خيار العيب هو جعل العقد غير لازم بالنسبة لمن ثبت له الخيار[٤]، فله إما الرضا بالمعقود عليه كما هو، وحينئذ يسقط الخيار ويلزم العقد، وإما رده إلى مالكه الأول، وحينئذ يبطل العقد.

وهل له الاحتفاظ بالمعقود عليه والمطالبة بفرق النقصان بسبب العيب؟

قرر الحنفية[٥]: أنه ليس للمتملك الرجوع بنقصان العيب أو الحط من ثمن

---

(١) الدر المختار: ٤/ ٩٣، المغني: ٤/ ١٤٤، غاية المنتهى: ٢/ ٤١.
(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٥٦، المهذب: ١/ ٢٧٤، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٣/ ١٢٠.
(٣) البدائع: ٥/ ٢٧٣.
(٤) البدائع: ٥/ ٢٧٤.
(٥) فتح القدير: ٥/ ١٥٩، ١٦٤ ومابعدها، الدر المختار: ٤/ ٩٤، اللباب شرح الكتاب: ٢/ ٢١، تبيين الحقائق: ٤/ ٣٤ ومابعدها، البدائع: ٣/ ٢٨٩.

المبيع ما دام الرد ممكناً؛ لأن المالك لا يلزم بدفع قيمة النقصان إلا برضاه دفعاً للضرر عنه.

فإن تعذر الرد كان لصاحب الخيار الرجوع بالنقصان بشرط أن يكون امتناع الرد بسبب ليس لصاحب الخيار دخل فيه، كهلاك محل العقد، أو تعيبه بعيب جديد، أو تغير صورته بحيث أصبح له اسم جديد، أو زيادته زيادة منفصلة متولدة منه، كالولد والثمرة، وذلك دفعاً للضرر بقدر الإمكان.

ويجوز الحط من قيمة المبيع لقاء العيب بتراضي الطرفين.

وطريقة معرفة النقصان: أن يقوَّم المعقود عليه سليماً من العيب، ثم يقوَّم على أنه معيب، ويكون الفرق بين القيمتين هو النقصان، فيرجع به. فإذا كانت قيمته سليماً ألفين، وقيمته معيباً ألفاً، رجع بنصف الثمن الذي تم به الشراء.

أما إذا كان امتناع الرد بسبب من جهة المشتري كأن باع الشيء أو وهبه أو وقفه لم يكن له الرجوع بالنقصان.

وكذلك إن رضي بالعيب صراحة أو دلالة ليس له الرجوع بالنقصان؛ لأن الرضا بالعيب كما يمنع الفسخ يمنع الرجوع بنقصان العيب، إذ به يتبين أن السلامة من العيب لم تكن مطلوبة.

كيفية فسخ العقد ورد المعقود عليه:

إذا كان المعقود عليه ما يزال في يد صاحبه أي قبل قبضه من الآخر، فينفسخ العقد بقول العاقد الآخر: (رددت)، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي، ولا إلى التراضي، باتفاق الحنفية والشافعية.

وأما إن قبضه المتملك فلا ينفسخ إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي عند الحنفية[١] لرفع النزاع الذي قد يقع بين العاقدين بسبب احتمال كون العيب جديداً عند القابض، فلا يوجب الرد، أو كونه قديماً عند المالك الأصلي، فيوجب الرد.

وقال الشافعية والحنابلة[٢]: ينفسخ العقد بقول المتملك: (رددت) بغير حاجة

---

(١) البدائع: ٥/ ٢٨١.
(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٥٧/٢، المهذب: ١/ ٢٨٤، غاية المنتهى: ٢/ ٤١.

إلى التراضي أو قضاء القاضي، كالفسخ بخيار الشرط أو خيار الرؤية؛ لأن خيار العيب يجعل العقد غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار، وغير اللازم يجوز فسخه بغير حاجة إلى رضا العاقد الآخر، ولا إلى قضاء القاضي.

موانع الرد بالعيب وسقوط الخيار:

يمتنع الرد بالعيب ويسقط الخيار بعد ثبوته ويلزم العقد بأسباب وهي ما يأتي[1]:

١ - الرضا بالعيب بعد العلم به: إما صراحة كقوله: رضيت بالعيب، أو أجزت العقد، أو دلالة كالتصرف في المعقود عليه تصرفاً يدل على الرضا بالعيب، كبيعه أو هبته أو رهنه أو إيجاره، أو استعماله بأي وجه كلبس وركوب، أو مداواته، أو صباغته وتفصيله شيئاً آخر، أو البناء على الأرض، أو طحن الحنطة أو شيّ اللحم، أو وصول عوض العيب إليه، ونحو ذلك؛ لأن الرضا بالعيب بعد العلم به دليل على أن سلامة المعقود عليه ليست مقصودة له، فلا يكون هناك معنى لإثبات الخيار له.

٢ - إسقاط الخيار: صراحة كقوله: أسقطت خياري، أو دلالة كأن أبرأه من العيب الذي ظهر في المعقود عليه؛ لأن خيار العيب حقه فله أن يتنازل عنه.

٣ - هلاك المعقود عليه، أو تعيبه بعيب جديد في يد صاحب الخيار، أو تغيره تغيراً تاماً، كطحن الحنطة، وخبز الدقيق، ونحوه.

٤ - زيادة المعقود عليه في يد صاحب الخيار زيادة متصلة غير متولدة من الأصل كالبناء أو الغرس على الأرض، وصبغ الثوب، أو زيادة منفصلة متولدة من الأصل كالولد والثمرة.

أما الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل كالسمن والكبر، والزيادة المنفصلة غير المتولدة كالغلة والكسب، فلا تمنع الرد بالعيب.

وامتناع الرد في الصورة الأولى سببه تعذر فصل الزيادة، ولا يرد معها لأنها حق صانعها.

---

(١) البدائع: ٥/ ٢٨٢-٢٨٤، ٢٩١، الدر المختار وحاشيته: ٤/ ٨٢، ٨٥-٨٩، ٩٤، ٩٩، ١٠١، ١٠٣، مجمع الضمانات: ص ٢١٩ ومابعدها، فتح القدير: ٥/ ١٦٤.

وامتناع الرد في الصورة الثانية، سببه أن المتملك لو ردَّ الأصل دونها، تبقى له دون مقابل، وهو ممنوع شرعاً، لأنه ربا.

إرث خيار العيب:

اتفق الفقهاء على أنه يورث خيار العيب وخيار التعيين، لتعلق الحق بذات المعقود عليه، فلو مات صاحب الخيار لم يسقط الخيار، وينتقل الحق لورثته؛ لأن المورث استحق المعقود عليه سليماً من العيب، ولزمه أحد الأشياء في خيار التعيين، فلا يجبر الوارث على أخذه معيباً، وإنما يثبت له ما ثبت لمورثه. وفي خيار التعيين يلزم الوارث بما لزم المورث.

وأما خيار الشرط وخيار الرؤية فلا يورثان عند الحنفية[1] خلافاً للمالكية والشافعية؛ لأن الخيار متعلق بإرادة العاقد ومشيئته، فهو من الحقوق الشخصية التي لاتقبل الانتقال من شخص لآخر بالوراثة[2].

ومنشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور في إرث الخيار راجع إلى اختلافهم في إرث الحقوق.

قال الحنفية: الأصل أن يورث المال دون الحقوق، إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال.

وقال الجمهور: الأصل أن تورث الحقوق والأموال، إلا إذا قام دليل على وجود اختلاف بين الحق والمال بالنسبة للإرث، لقوله ﷺ: «من ترك حقاً أو مالاً فلورثته».

خيار الرؤية

خيار الرؤية[3]: هو أن يكون للمشتري الحق في إمضاء العقد أوفسخه عند رؤية المعقود عليه، إذا لم يكن رآه عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة.

---

(١) ويوافقهم الحنابلة في عدم إرث خيار الشرط كما تقدم.

(٢) البدائع: ٢٦٨/٥، بداية المجتهد: ٢٠٩/٢، المجموع للنووي: ١٩٦/٩، حاشية الباجوري: ١/ ١٦٠، غاية المنتهى: ٢/ ٣٠، ٣٣، المغني: ٣/ ٥٧٩.

(٣) راجع أحكام خيار الرؤية في المجلة في المواد (٣٢٠-٣٣٤).

فسبب هذا الخيار: عدم رؤية محل العقد حين التعاقد أو قبله، فإذا كان قد رآه سقط خياره.

وثبت هذا الخيار عند القائلين به بحكم الشرع من غير حاجة لاشتراطه في العقد، بخلاف خيار الشرط والتعيين، فإنهما مشروطان في العقد.

ويثبت كخيار العيب في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ كبيع الشيء المعين بالذات، والإجارة، وقسمة الأموال القيمية كالأراضي والدواب، والصلح على عين بعوض معين. أما بيع الشيء المعين بالوصف كما في عقد السلم (بيع آجل بعاجل) فلا يثبت فيه خيار الرؤية.

مشروعيته:

أجاز جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية)[١] خيار الرؤية في بيع العين الغائبة أو غير المرئية، بدليل ما يروى حديثاً: «من اشترى شيئاً لم يره، فهو بالخيار إذا رآه»[٢] ويؤيده أن عثمان بن عفان باع أرضاً له بالبصرة لطلحة ابن عبد الله ﵄، ولم يكونا رأياها، فقيل لعثمان: غبنت، فقال: «لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أره». وقيل لطلحة إنك قد غبنت، فقال: «لي الخيار، لأني اشتريت ما لم أره»[٣] فحكما في ذلك جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة.

وكان ذلك بمحضر من الصحابة ﵃، ولم ينكر عليه أحد، فكان إقراراً منهم على شرعية هذا الخيار.

واحتجوا أيضاً بأن الشخص قد يحتاج إلى شراء شيء غائب عنه، يجعل له الخيار عند رؤيته دفعاً للضرر عنه حينما يجد المعقود عليه غير موافق لغرضه أو لمقصوده، وتحقيقاً لرضاه المطلوب في العقود.

---

(١) المبسوط: ٦٩/١٣ ومابعدها، فتح القدير مع العناية: ٥/ ١٣٧-١٤٠، البدائع: ٥/ ٢٩٢، رد المحتار: ٦٨/٤، بداية المجتهد: ٢/ ١٥٤، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٣/ ٢٥ ومابعدها. المغني: ٣/ ٥٨٠ ومابعدها. المحلى: ٨/ ٣٩٤.

(٢) روي مسنداً ومرسلاً، فالمسند رواه الدارقطني عن أبي هريرة، والمرسل رواه ابن أبي شيبة والدارقطني والبيهقي عن مكحول، وهو ضعيف (نصب الراية: ٤/ ٩).

(٣) أخرجه الطحاوي والبيهقي عن علقمة بن أبي وقاص (نصب الراية: ٤/ ٩).

وأما ما قد يكون من جهالة في المعقود عليه فلا تؤثر في صحة العقد، لأنها لا تفضي إلى النزاع بسبب إعطاء الخيار لمن لم ير محل العقد.

وقال الشافعي في المذهب الجديد[١]: لا ينعقد بيع الغائب أصلاً، سواء أكان بالصفة، أم بغير الصفة، ولا يثبت خيار الرؤية؛ لأن في العقد غرراً وجهالة قد تفضي إلى النزاع بين العاقدين، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر[٢]. وأما حديث «من اشترى ما لم يره» فهو حديث ضعيف كما قال البيهقي أو باطل كما قال الدارقطني.

من يثبت له خيار الرؤية:

يثبت خيار الرؤية عند الحنفية والمالكية للمتملك، كالمشتري في البيع، والمستأجر في الإيجار، أما المملك فلا يثبت له هذا الخيار، وهو البائع والمؤجر، عملاً بما قضى به جبير بن مطعم بين عثمان وطلحة، ولأن المملك يعرف ما يملكه عادة، فلا ضرورة لثبوت الخيار له. فإذا باع ما لم يره، وهو أمر نادر، كان مقصراً في حق نفسه، فلا يستحق المطالبة بفسخ العقد. أما المتملك فلم يتمكن من رؤية محل العقد، ولا سبيل إليه، فكان من المصلحة منحه الخيار.

وأثبت الحنابلة والظاهرية خيار الرؤية للمملك كالبائع إذا باع ما لم ير.

وقت ثبوت الخيار:

يثبت الخيار للمشتري عند رؤية المعقود عليه، لا قبلها، فلو أجاز العقد قبل الرؤية، لا يلزم العقد، ولا يسقط الخيار، وله أن يرد المعقود عليه؛ لأن النبي ﷺ أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية.

أما لو فسخ العقد قبل الرؤية صح الفسخ، لا من أجل الخيار، وإنما لأن العقد

---

(١) مغني المحتاج: ٢/ ١٨ ومابعدها، المهذب: ١/ ٢٦٣.

(٢) روى الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر» (نيل الأوطار: ٥/ ١٤٧).

غير لازم، وغير اللازم يجوز فسخه كالعقد الذي فيه خيار العيب، وعقد الإعارة والإيداع[(١)].

شروط ثبوت الخيار:

يشترط لثبوت الخيار شروط، وإلا كان العقد لازماً وهي[(٢)]:

١ - عدم رؤية محل العقد عند إنشاء العقد أو قبله بزمن لا يتغير فيه، فإن كان قد رآه قبل العقد لا يثبت له الخيار.

٢ - أن يكون محل العقد عيناً معينة أو مشخصة من الأعيان كالأرض والدار والدابة والسيارة، إذا وصفت بما ينفي عنها الجهالة المفضية إلى النزاع؛ لأن للناس أغراضاً خاصة في الأعيان، فيثبت الخيار لينظر المتملك هل يصلح له أو لا؟ ويظل له الخيار ولو وافق الوصف عند الحنفية.

أما المعين بالوصف لا بالذات بأن كان ديناً موصوفاً في الذمة كالمسلم فيه (المبيع المؤجل لموسم الحصاد) فلا يثبت فيه خيار الرؤية؛ لأن المعقود عليه الموصوف إن وجد بأوصافه المتفق عليها لزم العقد، وإن تخلف وصف منها لم يتحقق لعدم وجود محله.

٣ - أن يكون العقد مما يقبل الفسخ كما تقدم، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال ونحوها؛ لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء، فيثبت فيهاخيار الرؤية.

أما ما لا يقبل الفسخ كالزواج والخلع والصلح عن دم العمد ونحوها، فلا يثبت فيها خيار الرؤية بسبب عدم رؤية المهر أو بدل الخلع أو عوض الصلح إذا كان شيئاً معيناً كدار وأرض معينة.

كيفية الرؤية:

الرؤية قد تكون لجميع المعقود عليه، أو لبعضه (رؤية الأنموذج)، والضابط

---

(١) البدائع: ٥/ ٢٩٥.

(٢) البدائع: ٥/ ٢٩٢ ومابعدها، ٢٩٨، المبسوط: ١٣/ ٧٢،٧٧، فتح القدير: ٥/ ٢٩٨، الدر المختار: ٤/ ٧٠.

فيه: أنه يكفي رؤية ما يدل على المقصود، ويفيد المعرفة به[1]. وذلك بأي حاسة من الحواس بحسب طبيعة محل العقد، فإن كان من المطعومات يكون العلم به بالذوق، وإن كان من المشمومات كالروائح كانت معرفته بالشم، وإن كان من الملموسات كالأقمشة كان العلم به باللمس. وإن كان من المرئيات كالدور والأراضي والحبوب كان العلم به بواسطة النظر بالنسبة للبصير.

أما الأعمى فهو كالبصير في غير المرئيات، وأما في المرئيات فيكتفى منه بوصف الشيء وصفاً كافياً. ويجوز عند الحنفية للبصير والأعمى التوكيل بالنظر والرؤية[2].

وبناء عليه لا يكفي رؤية بعض حجُرات الدار، بل لا بد من رؤية بيوتها كلها، ورؤية كل الأرض والبستان ونحوهما. ولا يكفي رؤية شاة من قطيع، بل لا بد من رؤية القطيع كله.

وإذا كان الشيء يباع عددياً كالجوز والفجل والثياب فلا تكفي رؤية البعض، بل لابد من رؤية الكل.

وإذا كان الشيء من المثليات التي تباع كيلاً أو وزناً كالحبوب والأقطان أو كان مغيباً في الأرض كالثوم والبصل، فيكتفى برؤية بعض الأجزاء أو الوحدات، وهو المسمى بالبيع بالنموذج.

أثر خيار الرؤية:

يكون العقد الوارد على العين الغائبة أو غير المرئية غير لازم لمن ثبت له الخيار، فيخير بين الفسخ والإجازة عند رؤية المعقود عليه؛ لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة، ولأن جهالة وصف المعقود عليه تؤثر في رضا المتملك فيثبت له الخيار، سواء أكان المعقود عليه موافقاً للوصف المتفق عليه أم مخالفاً له، وهذا مذهب الحنفية[3].

---

(١) البدائع: ٥/ ٢٩٣، الدر المختار وحاشيته: ٤/ ٦٨.
(٢) البدائع: ٥/ ٢٩٥، فتح القدير: ٥/ ١٤٥.
(٣) البدائع: ٥/ ٢٩٢، فتح القدير: ٥/ ١٣٧.

وقال الحنابلة والمالكية والشيعة الإمامية[1]: العقد لازم للمتملك إذا وجد المعقود عليه مطابقاً للوصف المتفق عليه، فإن كان مخالفاً لما وصف، ثبت له الخيار.

وأما حكم العقد أو أثر الخيار: فلا يمنع نقل الملكية في البدلين، أي لا أثر لخيار الرؤية على العقد، فتنتقل ملكية المعقود عليه للمتملك، وملكية العوض للمالك فور تمام العقد بالإيجاب والقبول. وبهذا يختلف خيار الرؤية عن خيار الشرط عند الحنفية والمالكية، كما تقدم. وسبب التفرقة بينهما أن العقد في خيار الرؤية صدر مطلقاً غير مقيد بشرط، وكان المفهوم أن يكون لازماً، لكنه ثبت من جهة الشرع. أما خيار الشرط فقد ثبت باشتراط العاقدين، فكان له أثره في العقد يمنع استقرار حكمه في الحال.

كيفية فسخ العقد:

لا يتوقف الفسخ بخيار الرؤية على التراضي أو قضاء القاضي، ويكون بالقول وبالفعل صراحة أو دلالة، مثل فسخت العقد أو رددته، أو أن يتصرف بالمعقود عليه بالبيع أو الهبة ونحوهما، أو أن يهلك المعقود عليه قبل القبض[2].

ويشترط للفسخ شروط هي[3]:

١ - أن يكون الخيار موجوداً، فإن سقط لزم العقد.

٢ - ألا يترتب على الفسخ تفريق الصفقة على المالك، برد بعض المعقود عليه وإجازة العقد في البعض الآخر؛ لأن في التفريق ضرراً به.

٣ - أن يعلم المالك بالفسخ ليكون على بينة من أمره وأمر سلعته ليتصرف فيها كما يريد. وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وأما أبو يوسف فلا يشترط ذلك، كما تقدم في خيار الشرط.

---

(١) المغني: ٣/ ٥٨٢، القوانين الفقهية: ص ٢٥٦، المختصر النافع: ص ١٤٦.
(٢) البدائع: ٥/ ٢٩٨.
(٣) البدائع: ٥/ ٢٩٨.

مدة خيار الرؤية:

الأصح عند الحنفية[(١)]: أن خيار الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر إلى أن يوجد ما يسقطه، أي أنه لا يتوقت بوقت، بل متى ثبت فإنه يستمر إلى أن يحدث ما يسقطه؛ لأنه حق من الحقوق، والحقوق لا تسقط إلا بإسقاطها، أو بانتهاء الأمد المحدد لها، ولأن سببه اختلال الرضا، والحكم يبقى ما بقي سببه.

وقال الحنابلة[(٢)]: يكون خيار الرؤية على الفور.

مايسقط به خيار الرؤية:

يسقط خيار الرؤية في الأصل بما يسقط به خيار الشرط وخيار العيب وهو ما يأتي[(٣)]:

١ - ما يدل على الرضا بالعقد صراحة أو دلالة: فالصريح أن يقول: أجزت العقد أو أمضيته أو رضيت به ونحو ذلك. والدلالة على الرضا: أن يتصرف في المعقود عليه بعد الرؤية لا قبلها تصرفاً يدل على الإجازة والرضا بالعقد كقبض الشيء، والانتفاع به، وبيعه أو إجارته، أو رهنه أوهبته.

والسبب في اشتراط كون التصرف بعد الرؤية: هو أن الخيار حق أثبته الشارع بعد الرؤية، والحقوق لا تسقط قبل ثبوتها.

واستثناء من هذا المبدأ قالوا بسقوط الخيار ولو قبل الرؤية في البيع والإجارة والوقف، والرهن والهبة مع التسليم، ونحوها من التصرفات الباتة التي يترتب عليها حق للغير.

٢ - هلاك محل العقد، أو تعيبه بعيب يمنع الرد، سواء أكان بفعل العاقد أم بفعل شخصي أجنبي عن العقد، أم بآفة سماوية.

٣ - زيادة المعقود عليه بعد القبض زيادة تمنع الرد، وهي الزيادة المتصلة غير

---

(١) فتح القدير: ١٤١/٥، البدائع: ٥/ ٢٩٥، الدر المختار ورد المحتار: ٦٧/٤.
(٢) المغني: ٣/ ٥٨١.
(٣) البدائع: ٥/ ٢٩٥- ٢٩٧، فتح القدير: ١٤١/٥، ١٤٩.

المتولدة من الأصل كالبناء وصبغ الشيء، والزيادة المنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن والصوف.

أما الزيادة المتصلة المتولدة منه كالسمن والكبر، والزيادة المنفصلة غير المتولدة منه كالغلة، فإنها لا تمنع الرد.

٤ - موت صاحب الخيار، سواء قبل الرؤية أم بعدها. فلا يورث خيار الرؤية عند الحنفية والحنابلة[١] كخيار الشرط؛ لأن الخيار مجرد رغبة ومشيئة أو حق شخصي.

وقال مالك[٢]: يورث خيار الرؤية كما يورث خيار التعيين والعيب؛ لأن الإرث يثبت في الحقوق والأموال المملوكة على السواء.

وهذا أقرب إلى المنطق؛ لأن الوارث يخلف المورث في كل ما ترك من مال وحقوق ومنها حق الخيار[٣].

خيار النقد:

خيار النقد[٤] : هو أن يتبايع اثنان على أنه إذا لم ينقد المشتري الثمن في مدة معينة، فلا بيع بينهما، فإذا نقد المشتري الثمن في المدة المحددة تم البيع، وإذا لم ينقده فيها كان البيع فاسداً.

ويصح أن يكون خيار النقد للبائع أيضاً، كما لو تبايع اثنان وقبض البائع الثمن، وقال: إذا رددت الثمن في مدة ثلاثة أيام، فلا بيع بيننا، فإن رده فسد البيع، وإن لم يرده تم العقد.

وقد أجاز أبو حنيفة وصاحباه خلافاً لزفر هذا الخيار استحساناً لحاجة الناس إليه، ولأنه في الحقيقة نوع من خيار الشرط. ويؤيده أن ابن عمر أجازه[٥].

---

(١) تبيين الحقائق: ٤/ ٣٠، غاية المنتهى: ٢/ ٣٣.

(٢) الشرح الصغير: ٣/ ١٤٥.

(٣) الأموال ونظرية العقد لأستاذنا المرحوم محمد يوسف موسى: ص ٤٧٧، ٤٨٧.

(٤) راجع أحكامه في المواد (٣١٣-٣١٥) من مجلة الأحكام العدلية.

(٥) فتح القدير: ٥/ ١٣٢، الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ٥١.

مدته: قال أبو حنيفة: أقصى مدة هذا الخيار ثلاثة أيام. وقال الصاحبان: يجوز إلى أربعة أيام فأكثر.

ولا يورث هذا الخيار عند الحنفية؛ لأنه حق شخصي. لكن إذا كان الاختيار للبائع في رد الثمن، فمات في أثناء المدة يلزم البيع بموته، لأنه تحقق عدم الرد بموته.

وإن كان الخيار للمشتري في نقد الثمن فمات في مدة الخيار، بطل البيع بموته، لأنه تحقق عدم نقد الثمن بموته، فيبطل العقد.

المبحث السابع ـ انتهاء العقد:

ينتهي العقد إما بالفسخ، أو بالموت، أو بعدم الإجازة في العقد الموقوف، وانتهاء العقد بالفسخ له حالات. وأما الموت فقد تنتهي به بعض العقود.

انتهاء العقد بالفسخ:

فسخ العقد: قد يكون برفعه من أصله كما في حالة الخيارات وهو الإلغاء، وقد يكون بوضع نهاية له بالنسبة للمستقبل كما في الإعارة والإجارة، وهو الفسخ بالمعنى الشائع.

والفسخ في العقود غير اللازمة واضح، تقرره طبيعة العقد ذاته، سواء في العقود غير اللازمة من الجانبين كالإيداع والإعارة والشركة والوكالة، فلكل من الطرفين الفسخ متى أراد، ما لم يتعلق بالوكالة حق الغير، كما بان في بحث الوكالة، أم في العقود اللازمة من جانب، وغير اللازمة من الجانب الآخر، كالرهن والكفالة، فللمرتهن فسخ الرهن دون رضا الراهن. وللمكفول له وهو الدائن فسخ الكفالة دون رضا المدين.

وأما الفسخ في العقود اللازمة فله حالات وهي:

أ ــ الفسخ بسبب فساد العقد: إذا وقع العقد فاسداً كبيع المجهول أو البيع المؤقت بمدة، وجب فسخه إما من طريق العاقدين، أو من طريق القاضي، إلا إذا وجد مانع من الفسخ كأن يبيع المشتري ما اشتراه أو يهبه. وحينئذ يجب على المشتري دفع قيمة المبيع يوم قبضه، لا الثمن المتفق عليه.

٢ـ **بسبب الخيار:** يجوز لصاحب الخيار في خيار الشرط أو العيب أو الرؤية ونحوها فسخ العقد بمحض إرادته، إلا في خيار العيب بعد القبض عند الحنفية لا يجوز الفسخ فيه إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي.

٣ـ **بالإقالة:** الإقالة هي فسخ العقد بتراضي الطرفين، إذا ندم أحدهما وأراد الرجوع عن العقد. وهي مندوبة لقوله ﷺ: «من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة»[١].

٤ـ **لعدم التنفيذ:** يجوز الفسخ لعدم تنفيذ الطرف الآخر التزامه في حالة خيار النقد، كما تقدم. ويجوز الفسخ بسبب استحالة التنفيذ لآفة سماوية (قوة قاهرة أو ظروف طارئة بتعبير القانونيين) وذلك في عقد البيع في حالة هلاك المبيع قبل التسليم. أي في يد البائع قبل أن يتسلمه المشتري، وفي عقد الإجارة في حالة طروء أعذار من جانب المؤجر أو المستأجر أو العين المؤجرة عند الحنفية، كلحوق دين فادح بالمؤجر لا سبيل لوفائه إلا ببيع المأجور وأداء الدين من ثمنه، وإفلاس المستأجر، أو انتقاله من حرفة إلى حرفة، وهجرة أهل القرية بعد استئجار حمام في قرية ليستغله المنتفع المستأجر.

٥ـ **لانتهاء مدة العقد أو تحقيق غرضه:** ينفسخ العقد من نفسه وينتهي بانتهاء مدته أو بتحقيق الغرض المقصود من العقد، وذلك كانتهاء مدة عقد الإيجار المعينة، وسداد الدين في عقدي الرهن والكفالة، وتنفيذ الوكيل المهمة الموكل بها.

انتهاء العقد بالموت:

تنتهي طائفة من العقود بموت أحد العاقدين، منها نماذج مما يأتي:

١- **الإجارة:** تنتهي الإجارة عند الحنفية[٢] بموت أحد العاقدين، بالرغم من أنها عقد لازم من الطرفين، أي أن العقد ينفسخ من نفسه بالموت.

---

(١) رواه البيهقي عن أبي هريرة، ورواه أيضاً ابن ماجه وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال: صحيح على شرط الشيخين (نصب الراية: ٤/ ٣٠).

(٢) البدائع: ٤/ ٢٠١، ٢٢٢، تبيين الحقائق: ٥/ ١٤٤، تكملة فتح القدير: ٧/ ٢٢٠.

وقال غير الحنفية[١]: لا تنتهي الإجارة أو لا تنفسخ بموت أحد العاقدين. وسبب الخلاف راجع لتصور كيفية انعقاد الإجارة، فعند الحنفية: تنعقد الإجارة في المنافع بحسب حدوثها شيئاً فشيئاً، أي أن المستأجر يتملك المنفعة تدريجياً مع مضي المدة، فما يحدث من منفعة بعد موت المالك لا يكون مملوكاً له، فلا يصح بقاء العقد عليه. وعند غير الحنفية: تعتبر المنفعة كأنها موجودة حال العقد، ويتملك المستأجر المنافع بالعقد دفعة واحدة ملكاً لازماً، فيورث عنه، كما يورث الشيء المبيع، فتكون الإجارة كالبيع لا يبطل بموت أحد العاقدين. وهذا ما أخذ به القانون المدني السوري في المادة (٥٦٨).

٢- **الرهن والكفالة:** هما من العقود اللازمة من جانب واحد هو الدائن المرتهن أو المكفول له. فإذا مات الراهن بيع الرهن بواسطة وصيه وقضي منه دينه إن كان ورثته صغاراً. فإن كانوا كباراً خلفوا الميت في المال، وكان عليهم تخليص الرهن بقضاء الدين[٢]. وأما الكفالة: فإذا كانت كفالة بالدين فلا تنتهي بموت المدين الأصيل، وإنما تنتهي بأحد أمرين: أداء الدين إلى الدائن، أو الإبراء من الدين. وإذا مات الكفيل يؤخذ الدين من تركته. وإن كانت كفالة بالنفس فتنتهي بموت الأصيل المكفول بنفسه، وبموت الكفيل، للعجز عن إحضار المكفول عنه[٣].

٣- **الشركة والوكالة:** هما من العقود غير اللازمة من الجانبين. وينتهيان بالموت، فالشركة تنفسخ بموت أحد الشريكين، سواء علم الآخر بالموت أم لم يعلم[٤]. وكذلك الوكالة تنفسخ بموت الوكيل أو الموكل، سواء علم الطرف الآخر بموت صاحبه أم لم يعلم[٥].

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٢٢٧، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٣٠، المهذب: ١/ ٤٠٦، المغني: ٥/ ٤٥٦.

(٢) الدر المختار: ٥/ ٣٦٩، ط الحلبي.

(٣) البدائع: ٦/ ١١ ومابعدها، ١٣، الدر المختار: ٤/ ٢٦١، ٢٨٥.

(٤) البدائع: ٦/ ٧٨، المبسوط: ١١/ ٢١٢، فتح القدير: ٥/ ٣٤.

(٥) البدائع: ٦/ ٣٨، تكملة فتح القدير والعناية: ٦/ ١٢٦ ومابعدها، المبسوط: ١٩/ ١٣.

٤- **المزارعة والمساقاة**[١] : عقدان غير لازمين من الجانبين، لم يجزهما أبو حنيفة، وأجاز الشافعية المساقاة، والمزارعة تبعاً للمساقاة، وأجازهما المالكية بشروط منها المساواة بين المالك والعامل في الربح.

وأجازهما الحنابلة والصاحبان مطلقاً. وعلى هذا الرأي ينفسخ العقد بموت صاحب الأرض أو العامل (المزارع أوالمساقي)، سواء قبل العمل والزراعة أم بعدهما، وسواء أكان الزرع أو الثمر قد آن حصاده وجنيه أم لا[٢]. لكن إذا مات صاحب الأرض قبل نضج الزرع تترك الأرض بيد المزارع إلى الحصاد مراعاة لمصلحة الطرفين. وإذا مات العامل فلورثته المضي في العمل إلى الحصاد.

انتهاء العقد بعدم إجازة الموقوف:

ينتهي العقد الموقوف إذا لم يجزه صاحب الشأن، كما بان في بحث عقد الفضولي ولا تصح الإجازة كما عرفنا إذا مات الفضولي أو من تعاقد معه، فينتهي العقد حينئذ قبل الإجازة. وللفضولي نفسه فسخ العقد قبل الإجازة دفعاً للعهدة عن نفسه[٣].

---

(١) المزارعة: عقد على زرع الأرض بنسبة معين شائعة من المحصول. والمساقاة: عقد على العناية بأشجار الفاكهة بنسبة معلومة شائعة من الناتج.

(٢) البدائع: ٦/ ١٨٥، الهداية: ٤/ ٤٥، ٤٨، ط الخيرية، غاية المنتهى: ٢/ ١٨٤.

(٣) البدائع: ٥/ ١٤٨، ١٥١.

الفصل الخامس

المؤيدات الشرعية

المؤيدات الشرعية: هي الأحكام أو التدابير التي شرعت لا لتنظيم علاقات الناس، وإنما لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعةالأصلية[١].

فالأحكام الأصلية: هي التي تنظم علاقات الناس بوضع الواجبات وبيان المحظورات. فهي غاية التشريع لإقامة مجتمع أخلاقي متضامن قوي سعيد. وضماناً لاحترام تلك الأحكام الأصلية شرعت المؤيدات: وهي الأحكام الموضوعة لحماية الأحكام الأصلية.

وهذه المؤيدات إما ترغيبية أو ترهيبية.

فالترغيبية: هي التي وضعت لترغيب الناس بتطبيق أحكام الشريعة كالمكافآت التشجيعية لمن يقدم للجماعة عوناً في أمر حربي يحقق النصر.

والترهيبية: هي التي وضعت لمنع الناس من مخالفة أوامر ونواهي الشريعة. وهذه نوعان: إما مؤيدات مدنية أو مؤيدات تأديبية. والمؤيد المدني أقوى تأثيراً من المؤيد التأديبي، وأشد منعاً للمخالفة بسلب التصرف نتائجه، واعتباره ملغى. أما المؤيد التأديبي فبالرغم من تأثيره الزاجر القامع للجريمة قد يتجرأ الناس على نظامه، فيقترفون الجريمة ويرضون بالعقوبة.

---

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٣٠٩، ٣١٠.

أولاً ـ المؤيدات المدنية:

يتمثل دور المؤيدات المدنية في إلغاء التصرف المخالف لنظام الشريعة، إما إلغاءً كلياً وهو البطلان، وإما إلغاءً فرعياً وهو الفساد، وإما وضعه في طريق الإلغاء: وهو التوقف حماية لمصلحة الغير، أو التخيير لسلب اللزوم عن العقد حماية لمبدأ التعادل أو التوازن، أو لتوفير الرضا السليم.

وقد سبق بحث هذه المؤيدات الأربعة (البطلان، الفساد، التوقف، التخيير).

وأكتفي هنا ببيان أهم الفروق وأوجه التشابه بين البطلان والفساد:

أهم الفروق بين البطلان والفساد:

تظهر الفوارق بين الباطل والفاسد فيما يأتي(١):

١- السبب: إن سبب البطلان هو وجود مخالفة لنظام الشريعة في ناحية جوهرية كالخلل الذي يصيب أحد مقومات العقد الأساسية (العاقد، والمعقود عليه، والصيغة) أو أحد شرائط الانعقاد، كصدور العقد من عديم الأهلية بسبب الصغر أو الجنون وعدم قابلية المحل المعقود عليه للتصرف كبيع الأموال العامة والأوقاف، والزواج بالمحارم، وعدم الإشهاد في عقد الزواج، وعدم تسليم المعقود عليه في العقود العينية كالهبة ونحوها.

أما سبب الفساد، فهو مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة.

وقد تبين أن أسباب الفساد ستة يمكن إيجازها في أربعة: وهي الجهالة الفاحشة، كبيع شاة من قطيع، وغرر الوصف كبيع بقرة على أنها حامل أو تحلب كذا رطلاً، والإكراه على رأي جمهور الحنفية (عدا زفر) الذين يعتبرونه مفسداً للعقد.وأما زفر فيعتبره موقفاً للعقد، ورأيه أوجه وأصح. والشرط المفسد في المعاوضات المالية كالبيع والإيجار والشركة: وهو الشرط التقييدي الممنوع شرعاً

---

(١) راجع المبسوط: ١٣/ ٢٣، البدائع: ٥/ ٢٩٩، ٣٠٤، فتح القدير مع العناية: ٥/ ١٨٥ ومابعدها، ٢٧٧ وما بعدها، رد المحتار لابن عابدين: ٤/ ١٠٤، ١٣٦، مجمع الضمانات: ص ٢١٥ ومابعدها.

كالتوقيت في البيع، وعدم التقابض في عقد الصرف، والضرر الذي يلحق البائع بتسليم محل العقد كبيع جذع من سقف وذراع من ثوب يضره التبعيض.

٢- **الحكم أو الأثر:** لا يترتب على الباطل أي أثر أصلاً، فهوكالمعدوم تماماً، فلا تنتقل الملكية في العوضين في عقد البيع مثلاً، ولا يترتب على الزواج الباطل حل الاستمتاع والنفقة والتوارث.

لكن استثناء من ذلك: يعتبر المبيع المقبوض في البيع الباطل مضموناً بالمثل أو بالقيمة إذا تلف أياً كان سبب التلف، وليس مجرد أمانة لا تضمن حال التلف إلا بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ.

وكذلك يترتب على الزواج الباطل بعض الآثار الضرورية إذا أعقبه دخول: وهي ثبوت نسب الولد، وإيجاب العدة على المرأة، واستحقاق المرأة المهر. فيختلف بذلك عن الزنى.

أما الفاسد: فيترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح إذا تم التنفيد أي القبض أو التسليم، فتنتقل الملكية في العوضين في البيع الفاسد بالقبض. ويتملك المستأجر المنفعة في الإجارة الفاسدة وتلزمه الأجرة باستيفاء المنفعة فعلاً. لكن البيع الفاسد لا يلزم المشتري بدفع الثمن المسمى المتفق عليه، وإنما ثمن المثل أي قيمة المبيع في السوق يوم القبض. وفي الإجارة الفاسدة يلزم المستأجر بدفع أجر المثل، لا الأجر المسمى في العقد[١].

ويلاحظ أن هذا الأثر يرتبه الفقه على تنفيذ العقد، لا على العقد نفسه.

٣- **استحقاق الفسخ:** الباطل لا يحتاج إلى فسخ؛ لأنه معدوم لم يوجد، والفسخ يرد على عقد قائم كالعقد المشتمل على أحد الخيارات.

وأما الفاسد: فيستحق الفسخ رعاية لأحكام الشرع إما بإرادة أحد العاقدين، أو بإرادة القاضي؛ لأن إزالة الفساد واجب شرعاً، وبالفسخ يرتفع الفساد[٢].

---

(١) يلزم دفع أجر المثل على ألا يتجاوز الأجر المسمى، إلا إذا كان فساد الإجارة ناشئاً عن جهالة الأجرة فيجب عندئذ أجر المثل بالغاً ما بلغ.

(٢) البدائع: ٥/ ٢٠٠.

ويبقى حق الفسخ قائماً ولو بعد التنفيذ حتى يزول سببه إلا إذا وجد أحد موانع الفسخ وهي[١]:

أ ـ هلاك المعقود عليه أو استهلاكه أو تغيير شكله واسمه كطحن القمح وخبز الدقيق.

ب ـ الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل كخلط الدقيق بالسمن أو العسل والبناء على الأرض وصبغ الثوب. أما أنواع الزيادات الأخرى وهي الزيادة المتصلة المتولدة كالسمن والحمل، والزيادة المنفصلة المتولدة كالولد والثمرة أو غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تمنع الفسخ والرد.

ج ـ التصرف بالشيء المقبوض بعقد فاسد من قبل القابض كالبيع والهبة والرهن والوقف.

ويلاحظ أن حق الفسخ بسبب الفساد يورث، فلو مات أحد العاقدين جاز لورثته أو للعاقد الآخر فسخ العقد بعد الموت.

٤- **عموم الأثر وخصوصه**:البطلان يمكن أن يصيب كل أنواع التصرفات القولية والفعلية، العقدية وغير العقدية، كالبيع والإيجار والهبة، والإقرار والدعوى، وإحراز المباح وقبض الثمن والموهوب.

وأما الفساد فلا يجري إلا في العقود المالية المنشئة التزامات متقابلة أو ناقلة للملكية[٢]، فلا يجري الفساد في العبادات والتصرفات الفعلية،والعقود غير المالية كالزواج والوصاية والتحكيم، والعقود المالية التي لا تنشئ التزامات متقابلة ولا تنقل الملكية كالإيداع والإعارة، وتصرفات الإرادة المنفردة كالطلاق والوقف والإبراء. فهذه التصرفات لا تكون إلا صحيحة أو باطلة.

وأما أوجه الشبه بين الباطل والفاسد فأهمها ما يأتي:

أ ـ الباطل لا يقبل الإجازة لأنه معدوم. وكذلك الفاسد لا يرتفع فساده

(١) البدائع: ٥/ ٣٠٠-٣٠٢، فتح القدير: ٥/ ٢٣١، ٣٠٢، رد المحتار: ٤/ ١٣٧، مجمع الضمانات: ص ٢١٦

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٢٦٨.

بالإجازة؛ لأن العاقد لا يملك مخالفة نظام الشريعة، وليس له إقرار المخالفة، وإنما ينبغي إزالة الفساد احتراماً لحكم الشرع، إلا إذا زال سبب فساده كتعيين المجهول.

ب ـ الباطل لا يسري عليه التقادم (مرور الزمان) ويمكن التمسك ببطلان العقد مهما طالت المدة؛ لأن الباطل معدوم. وكذلك الفاسد لا يسري عليه التقادم، وإنما يظل مستحق الفسخ شرعاً مهما طال الأمد، إلا إذا وجد مانع من موانع الفسخ التي سبق بيانها.

ثانياً ـ المؤيدات التأديبية (أو العقوبات):

إن مخالفة أحكام الشريعة وارتكاب المعاصي والمنكرات التي حرمتها الشريعة تستوجب عقاباً أخروياً ودنيوياً. والعقوبات الدنيوية نوعان:

١ - عقوبات مقدرة: وهي التي قدر لها الشرع نوعاً ومقداراً معيناً وهي القصاص، والحدود الخمسة (وهي حد الزنا، وحد القذف، وحد السرقة، وحد الحرابة، وحد شرب الخمر والمسكرات)[1].

٢ - عقوبات غير مقدرة وهي التعزيرات: وهي التي لم يحدد لها الشرع نوعاً ولا مقداراً معيناً، وإنما فوضها إلى تقدير الحكام لتطبيق ما يرونه محققاً للمصلحة بحسب ظروف الجاني والجناية.

والحكمة من تشريع الحدود أو العقوبات عامة: هو زجر الناس وردعهم عن اقتراف الجرائم الموجبة لها، وصيانة المجتمع عن الفساد، وتخليص الإنسان من آثار الخطيئة، وإصلاح الجاني.

---

(١) القصاص: هو عقوبة الإعدام بتعبير العصر، وحد القذف وشرب الخمر: ثمانون جلدة بسوط لا عقدة له مفرقة على أجزاء الجسد ما عدا المقاتل، وحد الزنا: مئة جلدة لغير المتزوج، والرجم بالنسبة للمحصن المتزوج، وحد السرقة: قطع اليد من الرسغ، وحد الحرابة: هو القتل أو الصلب أو قطع اليد والرجل من خلاف، أو النفي، وتطبق العقوبة بحسب ما يناسب جريمة المحارب.

قال ابن تيمية[1] وابن القيم[2]: كان من حكمة الله سبحانه وتعالى ورحمته أن شرع العقوبات في الجنايات الواقعة بين الناس بعضهم على بعض في النفوس والأبدان والأعراض والأموال كالقتل والجرح والقذف والسرقة، فأحكم سبحانه وتعالى وجوه الزجر الرادعة عن الجنايات غاية الإحكام، وشرعها على أكمل الوجوه المتضمنة لمصلحة الردع والزجر، ورتب على كل جناية ما يناسبها من العقوبة. وجعل هذه العقوبات دائرة على ستة أصول: قتل، وقطع، وجلد، ونفي، وتغريم مال، وتعزير.

والجرائم الموجبة للعقوبة البدنية هي ثلاث عشرة جريمة وهي:

القتل، والجرح، والزنا، والقذف، وشرب الخمر، والسرقة، والبغي[3]، والحرابة، والردة، والزندقة، وسب الله وسب الأنبياء والملائكة، وعمل السحر، وترك الصلاة والصيام.

وليس في هذه العقوبات قسوة أو تنكيل وتعذيب للمجرم كما يزعم بعض الناس؛ لأن هذه الجرائم الموجبة لها خطيرة تهز كيان المجتمع، ولأنها أنسب عقوبة لزجر المجرم وأمثاله، وأقمع للجريمة ومطاردة المجرمين، وأدعى لتحقيق أمن المجتمع واستقراره.

وحققت العقوبات الشرعية أمناً في السعودية لا يماثله أمن بلد في العالم تطبق فيه العقوبات الوضعية من حبس أو سجن ونحوهما.

والتخلص من ضرر مجرم يتباكى عليه الزاعمون حب الإنسانية والإنسان أوجب من تهديد أمن المجتمع بكامله، عن طريق ترويع المجرمين أمن البيوت والنساء والأطفال، وما يعقبه من العديد من الجرائم والمنكرات.

---

(١) رسالته في القياس: ص ٨٥، السياسة الشرعية له: ص ٩٨.

(٢) أعلام الموقعين: ٢/ ٩٥، ١٠٧ ومابعدها.

(٣) البغي: الخروج في حال الشوكة والمنعة على جماعة المسلمين بتأويل نص في حكم شرعي للتوصل إلى حق أو ولاية، والتحصن في بلد ما، وتنظيم ثورة مسلحة على غيرهم، وتطبيق أحكامهم فيما بينهم كالخوارج. وأما الحرابة: فهي قطع الطريق على المارة، بقصد أخذ أموالهم قهراً عنهم أو قتلهم علانية دون اعتماد على تأويل سائغ.

ولقد أثبت التاريخ أن المجتمع الإسلامي عندما طبق الحدود الشرعية، عاش آمناً مطمئناً على أمواله وأعراضه ونظامه، حتى إن المجرم نفسه كان يسعى لإقامة الحد عليه، رغبة في تطهير نفسه، والتكفير عن ذنبه.

هذا مع العلم بأن تطبيق القصاص والحدود يتطلب تشدداً كبيراً في شروط إثبات الجريمة[١]، مما لا نكاد نجد له مثيلاً عند القانونيين، بل إن الحدود ومنها القصاص تسقط بالشبهات عملاً بالحديث النبوي: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» وقد توسع الفقهاء في بيان ما هو شبهة مسقطة للحد توسعاً كبيراً، حتى إن مجرد ادعاء الشبهة كادعاء الزوجية في حال الوطء من المتهم يسقط الحد، وكذا هرب المحدود أثناء إقامة الحد يسقط الحد[٢].

إن القسوة على المجرم رحمة عامة للمجتمع في مجموعه، حتى يتخلص من الجريمة وخطرها الوبيل، والتضحية بعدد محدود من المجرمين أهون كثيراً من ترك الجريمة تفتك بآلاف الأبرياء. والشريعة الإسلامية هي شريعة الرحمة الحقة بالناس، والله سبحانه أدرى بما يعالج به خطر بعض المجرمين وهو أرحم بهم.

وقد أدى كل هذا إلى أن يكون تطبيق الحد نادراً جداً في المجتمع الإسلامي، فقطع اليد مثلاً في السعودية لا يزيد عن حالة واحدة أو حالتين طوال العام.

وأما العقوبات غير المقدرة أو التعزيرات: فهي العقوبات المشروعة على كل معصية أو منكر أو إيذاء لا حد فيه، سواء بالقول أو بالفعل أو بالإشارة، وسواء أكانت الجريمة انتهاكاً للحرمات الدينية والاجتماعية كالأكل في نهار رمضان بغير عذر، وترك الصلاة، وطرح النجاسة في طريق الناس، والاستهزاء بالدين، والإخلال بالآداب العامة، أو كانت اعتداء على حق شخصي كأنواع السب والشتم والضرب والإيذاء بأي وجه، والغش والتزوير والاحتيال ونحوها.

---

(١) ففي السرقة مثلاً يشترط ما يزيد على ١٢شرطاً. وفي الزنا: يشترط لإثباته بالشهادة شهادة أربعة رجال أحرار عدول يرون الجريمة رؤية بصرية كاملة لا شبهة فيها. وفي القتل يشترط عدة شرائط لتطبيق القصاص منها أن يكون القتل بسلاح ونحوه.

(٢) الدر المختار: ١٥٨/٣ ومابعدها.

والتعزير يكون إما بالضرب أو بالحبس أو الجلد أو النفي أو التوبيخ أو التغريم المالي، ونحو ذلك مما يراه الحاكم رادعاً للشخص بحسب اختلاف حالات الناس، حتى القتل سياسة كما قرر فقهاء الحنفية والمالكية.

والتعزير مفوض للدولة في كل زمان ومكان،فإنها تضع للقضاة أنظمة يطبقونها بحسب المصلحة. وأغلب العقوبات الوضعية الحديثة تدخل في نطاق التعزير. ولا مانع شرعاً من تقنين العقوبات التعزيرية بجانب الحدود والقصاص على النحو المعروف الآن. ويعد التعزير قاعدة مرنة صالحة للتطبيق في كل عصر بما يحقق المصلحة أوالمقصود من العقوبة. وما وضْع حدين للعقوبة قانوناً أدنى وأقصى، أو الحكم مع وقف التنفيذ إلا لون من ألوان المرونة أو العفو عن العقوبة المقررين في التعزيرات.

والشريعة أساس الحكم على الجريمة والعقاب، وقد سبق الفقهاء المسلمون إلى معرفة قاعدة: (لا جريمة ولاعقوبة إلا بنص) لتقريرهم القاعدتين التاليتين:

١ - (لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص).

٢ - (الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء الإباحة).

ومصدر هاتين القاعدتين قول الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٧/ ١٥] وقوله سبحانه: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ ٱلْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِىٓ أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُواْ عَلَيْهِمْ ءَايَٰتِنَاۚ﴾ [القصص: ٢٨/ ٥٩] وقوله جل شأنه: ﴿رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌۢ بَعْدَ ٱلرُّسُلِۚ﴾ [النساء: ٤/ ١٦٥].

فهذه النصوص قاطعة بأن لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار. ومن هنا كانت فترة الجاهلية لا عقاب فيها على الجرائم التي حدثت أثناءها، سواء أكانت الجريمة إراقة دم حرام أم غيرها.

وقد تضافر القرآن الكريم والسنة النبوية وكتب الفقهاء على بيان المعاصي والمنكرات وتفصيل العقوبات المقررة في الدنيا على الأشخاص. ولا يقبل شرعاً من أي مسلم أومسلمة الاعتذار بالجهل بأحكام الشريعة، وعليه أن يتعلم القدر الضروري منها لقوله عليه السلام: «طلب العلم فريضة على كل مسلم» ويعد التقصير في التعليم والتعلم جريمة مستوجبة التعزير.

والعمل بأحكام الشريعة في النطاقين الجزائي والمدني وغيرهما واجب على الدولة والأفراد، ويعد التخلي عن الشريعة إثماً كبيراً وجرماً عظيماً. وليس تطبيق أحكام الشريعة أمراً صعباً أو غير متفق مع ظروف العصر الحديث، وإنما الإعراض عن ذلك نوع من الوهم وفقدان الثقة بالذات وافتتان بأنظمة العصر ويعد المعرض عن التطبيق جائراً عن أصول الشرع.

ولا شك بأن أحكام الشريعة تتطلب إقامة مجتمع إسلامي متكامل في العقيدة والعبادة والسلوك الأخلاقي، وينبغي أن تتجه أنظمة الدولة الدستورية والإدارية والتعليمية والإعلامية إلى العمل بروح الإسلام وأنظمته وآدابه، حتى يسهل تقبل الحكم الشرعي الإلهي عن عقيدة واقتناع وحب واحترام.

الفصل السادس

نظرية الفسخ

- تعريف الفسخ لغة واصطلاحاً.
- ألفاظ ذات صلة: انفساخ، خلع، طلاق، إبطال، فساد.
- حكمه الإجمالي ودليله.
- شروط فسخ العقد.
- أسباب الفسخ.
- أنواع الفسخ.

١ - الفسخ الاتفاقي (الإقالة) والفسخ بحكم القضاء، والفسخ بحكم الشرع.

٢ - الفسخ باعتباره جزاء لعدم تنفيذ العاقد الآخر التزامه.

٣ - الفسخ بسبب الخيار (الفسخ والقوة الملزمة للعقد).

٤ - الفسخ للأعذار الطارئة.

٥ - الفسخ لاستحالة التنفيذ (الفسخ وتحمل تبعة الهلاك).

٦ - الفسخ للإفلاس والإعسار والمماطلة.

٧ - الفسخ بسبب البطلان أو الفساد أو الردة في الزواج.

٨ - الفسخ الرضائي والفسخ الجبري بطريق القضاء.

٩ - الفسخ لعدم إجازة العقد الموقوف.

١٠ - الفسخ بسبب الاستحقاق.

ـ ما يقبل الفسخ وما لا يقبل.

١ - العقود اللازمة للطرفين، كالبيع والإيجار والرهن والصلح والزواج.

٢ - العقود الجائزة غير اللازمة للطرفين، كالإعارة والقرض والإيداع، والوكالة، والشركة، والمقاولة، والهبة عند الحنفية.

٣ - العقد اللازم لطرف دون آخر، كالكفالة والحوالة.

٤ - تصرفات الإرادة المنفردة، كالوصية والجعالة.

ـ حالات فسخ العقود وحالات عدم الفسخ.

ـ فروق بين الفسخ وغيره.

١ - الفرق بين الفسخ والانفساخ.

٢ - الفرق بين الفسخ (انحلال العقد) وانقضاء الالتزام.

٣ - الفرق بين الفسخ والإبطال والبطلان والفساد.

٤ - الفسخ وشرط الإلغاء الصريح أو الضمني.

٥ - الفرق بين الشرط الموقف (الواقف) والشرط الفاسخ.

٦ - الفرق بين الفسخ والطلاق، وهل يتوقف فسخ الزواج على القضاء؟

ـ بعض أسباب الفسخ:

١ - الإخلال بالالتزام.

٢ - عدم تنفيذ العقد، ومتى يجوز؟

ـ آثار الفسخ (أحكامه):

١ - انتهاء العقد بالفسخ.

٢ - أثر الفسخ في الماضي (الأثر المستند والمقتصر) والمستقبل.

تعريف الفسخ لغة واصطلاحاً

فقرة (١) المراد بالفسخ هنا لغة: هو النقض أو التفريق، وجاء في تاج العروس شرح القاموس للزبيدي[١]: الفسخ: الضعف في العقل والبدن، والجهل، والطرح، وإفساد الرأي، والفسخ: النقض، فسخ الشيء يفسخه فسخاً فانفسخ: نقضه فانتقض، والفسخ: التفريق، وقد فسخ الشيء: إذا فرقه. ومن المجاز: انفسخ العزم والبيع والنكاح: انتقض، وقد فسخه: إذا نقضه، وفي الحديث: كان فسخ الحج رخصة لأصحاب النبي ﷺ: وهو أن يكون نوى الحج أولاً، ثم يبطله وينقضه، ويجعله عمرة، ويحل، ثم يعود يحرم بحجة، وهو التمتع أو قريب منه.

فقرة (٢) والفسخ اصطلاحاً: حل ارتباط العقد[٢]، أو هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن[٣]، فتستعمل كلمة الفسخ أحياناً بمعنى رفع العقد من أصله[٤]، كما في الفسخ بسبب أحد الخيارات، وتستعمل أيضاً بمعنى رفع العقد بالنسبة للمستقبل، كما في أحوال فسخ العقود الجائزة أو غير اللازمة. فإذا انعقد العقد لم يتطرق إليه الفسخ إلا في أحوال سأذكرها، مثل الخيارات، والإقالة، وهلاك المبيع قبل القبض، وكون العقد غير لازم، ويتم ذلك بإرادة العاقد أو غيره، ويعود العاقدان إلى الحالة الأصلية التي كانا عليها قبل التعاقد، ففي البيع مثلاً يعود المبيع إلى ملك البائع، والثمن إلى ملك المشتري، وإذا فسخ الزواج بحكم القاضي زالت رابطة العقد بين الزوجين وصار كل منهما أجنبياً بالنسبة للآخر.

قال السيوطي: يغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في العقود، ومن ثم لم يحتج إلى قبول، وقبلت الفسوخ التعليقات دون العقود[٥].

---

(١) تاج العروس: ٢/ ٢٧٣.
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ٨٣٣، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٣١٣.
(٣) البدائع: ٥/ ١٨٢.
(٤) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩٧.
(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٣١٨.

ألفاظ ذات صلة: انفساخ، خلع، طلاق، إبطال، فساد:

(٣)ــ **الانفساخ**: إن انحلال العقد (وهو زوال الرابطة التي تربط المتعاقدين) يشمل كلاً من الفسخ والانفساخ، إلا أن الفسخ ينشأ تارة عن الإرادة، أو الرضا، وقد يحدث جبراً عن أحدهما بحكم القاضي، فهو يحدث بالتراضي أو بالتقاضي. أما الانفساخ: فيحدث بسبب حادث طبيعي وهو استحالة التنفيذ، كهلاك أحد العوضيين.

فينفسخ كل عقد من تلقاء نفسه إذا استحال تنفيذه، وينفسخ العقد المستمر أو عقد المدة[1] كعقد الإجارة إذا فقد ما يعتمد عليه بقاؤه، فعقد البيع ينفسخ بهلاك المبيع هلاكاً كلياً قبل استلامه، لاستحالة تنفيذ العقد بالتسليم بعد هلاك محله. وفي الهلاك الجزئي يصبح العقد قابلاً للفسخ، وعقود الشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة تنفسخ بموت أحد العاقدين، لأن هذه العقود تنشئ التزامات عملية ذات آثار متجددة، فيها استمرار يعتمد بقاؤه بقاء العقد؛ لأن للاعتبار الشخصي فيها أثراً ملحوظاً، كما يعتمد بقاء المحل[2]. والإجارة تنفسخ بموت أحد العاقدين في مذهب الحنفية، ولا تنفسخ بموت أحدهما في مذهب الجمهور الأئمة الآخرين، لأنها عقد لازم كالبيع.

(٤)ــ **وقد عبّر القرافي** عن هذا الفرق المذكور من الفسخ والانفساخ بقوله: الفسخ: قلب كل واحد من العوضين لصاحبه، والانفساخ: انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه، فالأول: فعل المتعاقدين أو الحاكم إذا ظفروا بالعقود المحرّمة، والثاني: صفة العوضين، فالأول: سبب شرعي، والثاني حكم شرعي[3]. وبه يتضح أن الفسخ يشمل الفسخ الاتفاقي والقضائي، والانفساخ هو تحمل التبعة عن الهلاك، أي ضمان التلف.

---

(١) العقود المستمرة: هي التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن، بحيث يكون الزمن عنصراً أساسياً في تنفيذها كالإجارة والإعارة وشركة العقد والوكالة (المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٢٤٧) أو هي العقود التي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها بحيث يكون المقياس الذي يقدر به محل العقد (الوسيط للسنهوري: ١/ف ٦٥ ص ١٦٦).

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء: ف ٣٠٣.

(٣) الفروق - في الفرق الخامس والتسعين والمئة بين قاعدة الفسخ وقاعدة الانفساخ: ٣/ ٢٦٩.

(٥)ــ الخلع: الخلع لغة: النزع والإزالة، وعرفا بضم الخاء: إزالة الزوجية، واصطلاحاً أو فقهاً: هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة، بلفظ الخلع أو ما في معناه[١]. ولا يحتاج الخلع إلى حاكم، ويكفي تلفظ الزوج به، كأن يقول للمرأة: خالعتك على كذا، فتقبل. والخلع طلاق بائن عند الجمهور، وله تفصيل في المعتمد عند الحنابلة: إن وقع بلفظ الخلع والمفاداة ونحوهما، أو بكنايات الطلاق، ونوى به الطلاق، كان طلاقاً، فإن وقع بصيغته الصريحة وهي لفظ خلعت وفسخت وفاديت، أو الكناية: وهي لفظ بارأتك وأبرأتك وأبنتك، ولم ينو طلاقاً، فهو فسخ، لا ينقص به عدد الطلاق.

الخلع خاص بحل الرابطة الزوجية، وهو طلاق أو فسخ على التفصيل والخلاف السابق، أما الفسخ: فهو أعم، وهو حل ارتباط العقد، كما تقدم، أياً كان العقد بيعاً أو زواجاً أوغيرهما. والخلع يحدث بالتراضي، أما الفسخ فيمكن أن يتم بالتراضي أو بقضاء القاضي.

(٦)- الطلاق: الطلاق لغة: رفع القيد مطلقاً، يقال: أطلق الفرس: إذا خلاه، وفي الشريعة: رفع القيد الثابت بالنكاح[٢]. وفرقة الزواج نوعان: فرقة فسخ وفرقة طلاق. والفسخ: إما أن يكون بتراضي الزوجين وهو المخالعة أو الخلع، أو بواسطة القاضي.

والتفريق القضائي قد يكون طلاقاً: وهو التفريق بسبب عدم الإنفاق أو الإيلاء أو العيب المنفر، أو الشقاق بين الزوجين، أو الغَيبة، أو الحبس، أو التعسف، وقد يكون فسخاً للعقد من أصله، كما هو حال التفريق في العقد الفاسد، كالتفريق بسبب الردة وإسلام أحد الزوجين، والتفريق بسبب الإعسار عند الشافعية والحنابلة.

(٧)- والفرق بين الطلاق والفسخ في رأي الحنفية: أن الطلاق: هو إنهاء الزواج وتقرير الحقوق السابقة من المهر ونحوه، ويحتسب من الطلقات الثلاث التي يملكها الرجل على امرأته، وهو لا يكون إلا في العقد الصحيح.

---

(١) هذا تعريف الحنفية (الدر المختار: ٢/ ٧٦٦، فتح القدير: ٣/ ١٩٩) وهناك تعاريف أخرى للمذاهب: ر: خلع.

(٢) أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للشيخ قاسم القونوي: ص١٥٥.

وأما الفسخ: فهو نقض العقد من أصله، أو منع استمراره، ولا يحتسب من عدد الطلاق، ويكون غالباً في العقد الفاسد أو غير اللازم.

وبه يتبين أن الفسخ يفترق عن الطلاق من ثلاثة أوجه:

الأول: ــ حقيقة كل منهما: **فالفسخ**: نقض للعقد من أساسه، وإزالة للحل الذي يترتب عليه، أما الطلاق: فهو إنهاء للعقد، ولا يزول الحل إلا بعد البينونة الكبرى (الطلاق الثلاث).

الثاني: ــ أسباب كل منهما: الفسخ يكون إما بسبب حالات طارئة على العقد تنافي الزواج، أو حالات مقارنة للعقد تقتضي عدم لزومه من الأصل. فمن أمثلة الحالات الطارئة: ردة الزوجة أو إباؤها الإسلام أو الاتصال الجنسي بين الزوج وأم زوجته أو بنتها. ومن أمثلة الحالات المقارنة: أحوال خيار البلوغ لأحد الزوجين، وخيار أولياء المرأة التي تزوجت من غير كفء أو بأقل من مهر المثل، ففيها كان العقد غير لازم.

أما الطلاق فلا يكون إلا بناء على عقد صحيح لازم، وهو من حقوق الزوج، فليس فيه مايتنافى مع عقد الزواج أو يكون بسبب عدم لزومه.

الثالث: ــ أثر كل منهما: الفسخ: لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل، أما الطلاق فينقص به عدد الطلقات.

وكذلك فرقة الفسخ لا يقع في عدتها طلاق، إلا إذا كانت بسبب الردة أو الإباء عن الإسلام، فيقع فيهما عند الحنفية طلاق زجراً وعقوبة. أما عدة الطلاق فيقع فيها طلاق آخر، ويستمر فيها كثير من أحكام الزواج. ثم إن الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئاً من المهر، أما الطلاق قبل الدخول فيوجب نصف المهر المسمى، فإن لم يكن المهر مسمى استحقت المتعة (تعويض بمثابة هدية).

(٨)ــ إبطال: الباطل لغة ضد الحق، والإبطال اصطلاحاً: هو الحكم بكون العقد باطلاً، لاختلال ركنه أو محله، والعقد الباطل: هو ما اختل ركنه أو محله،

أو ما لايكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه[١]. ولا يفيد الملك، كأن يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية، كالمجنون وغير المميز، والمميز فيما يضره ضرراً محضاً، أو أن تكون الصيغة غير سليمة، أو يكون محل العقد غير قابل لحكم العقد شرعاً، كبيع ما ليس بمال، أو ما ليس مالاً متقوماً، كالخمر والخنزير والسمك في الماء، وكبيع شيء من الأموال العامة، كجزء من الطريق العام، أو من مشفى أو من مسجد، وكالبيع الذي جعل الثمن فيه غير مال أصلاً كالميتة، أو الشيء المباح للناس جميعاً، وفي الزواج كالعقد على إحدى المحارم أو لم تكتمل عدتها من مطلقها، أو المتزوجة بزوج آخر، فكل هذه العقود باطلة، لأن النهي في الشرع عنها عائد لأصل العقد أي لخلل في الصيغة أو في العاقد أو في المحل.

(٩)ـ وحكم الباطل: أنه لا يعد منعقداً أصلاً، وإن وجدت صورته في الظاهر، فلا يترتب عليه أي أثر شرعي، فلا يفيد نقل الملكية أصلاً، إذ لا يعد موجوداً بحال، ولا ينقلب صحيحاً أبداً، لأن البطلان المطلق ينجم عن فقدان أحد أركان تكوين العقد.

أما **الفسخ**: فيرد على عقد صحيح منعقد حقيقة، وقد انتقلت فيه الملكية بين الطرفين المتعاقدين.

ويشترك الإبطال والفسخ في إعادة العاقدين إلى الحالة الأصلية التي كانا عليها قبل التعاقد، ويميز بين فسخ العقد وإبطاله من ناحيتين:

١ - إن سبب الفسخ هو عدم قيام أحد العاقدين بتنفيذ التزامه، بينما سبب الإبطال بوجه عام: هو نقص الأهلية أو عيب الإرادة، لذا ينشأ العقد القابل للفسخ صحيحاً، أما العقد القابل للإبطال فلا ينشأ صحيحاً، فتقوم قابلية الإبطال عند تكوين العقد، بينما قابلية الفسخ تكون عند تنفيذه.

---

(١) المراد بأصل العقد: ما يتعلق بالركن (وهو الصيغة) والأهلية أو المحل المعقود عليه، والمراد بالوصف: ما يتصل بالعقد اتصالاً غير جوهري كالعلم بالمعقود عليه أو بالثمن، أو هو الوصف العارض الطارئ للعقد الملازم له أو المجاور، ولكنه منهي عنه شرعاً، كجهالة المبيع أو الثمن، وعدم تقوم الثمن.

٢ - فسخ العقد خاضع لتقدير القاضي، أما إذا توافر سبب الإبطال فليس للقاضي سلطة تقديرية، ولا يملك إلا الإبطال.

(١٠)ـ إفساد:لغة: ضد إصلاح، واصطلاحاً: هو الحكم بكون العقد فاسداً. والفساد والبطلان عند الجمهور مترادفان بمعنى واحد[١]، وعند الحنفية: الفساد: اختلال في العقد في صفة عارضة طارئة غير جوهرية فيه، لذا كان مرتبة متوسطة بين البطلان والصحة، والعقد الفاسد: هو ماكان مشروعاً بأصله (ركنه ومحله وأهلية عاقديه) دون صفته، أي كان صادراً ممن هو أهل له، والمحل قابل لحكم العقد شرعاً، والصيغة سليمة، ولكن صاحب ذلك وصف منهي عنه شرعاً، كبيع المجهول جهالة فاحشة تؤدي للنزاع، مثل بيع دار من دور، أو سيارة من سيارات دون تعيين ذات المبيع، وكإبرام صفقتين في صفقة، كبيع دار على أن يبيعه سيارته، وكبيع مال متقوم (يباح الانتفاع به شرعاً) جعل ثمنه مالاً غير متقوم (لا يباح الانتفاع به شرعاً) كخمر وخنزير وكلب، وكبيع بقرة على أنها حامل.

وأسباب الفساد عند الحنفية ستة: الجهالة، والإكراه، والتوقيت، وغرر الوصف، والضرر، والشرط الفاسد.

والباطل والفاسد عند الحنفيةفي العبادات وفي الزواج مترادفان، وفي المعاملات كالبيع والشركة والإيجار متباينان[٢].

(١١)ـ وحكم الفاسد:ثبوت الملك فيه بالقبض بإذن المالك صراحة،أو دلالة كأن يقبضه في مجلس العقد أمام البائع، دون أن يعترض عليه، لأن النهي الشرعي عنه بسبب أمر ملازم للعقد يقتضي بطلان الوصف دون أصل العقد، لأنه استكمل عناصره الأساسية، فيكون العقد فاسداً فقط. ويصبح الفاسد صحيحاً بزوال صفة الفساد.

والعقد الفاسد واجب الفسخ شرعاً، إما من أحد العاقدين أو من القاضي إذا علم بذلك، لأنه منهي عنه شرعاً. قال السيوطي: تعاطي العقود الفاسدة حرام

---

(١) الباطل والفاسد عند الشافعية مترادفان إلا في الكتابة والخلع والعارية والوكالة والشركة والقرض، وفي العبادات في الحج (الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٣١٢).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ٣٣٧، أنيس الفقهاء: ص ٢٠٩.

إلا المضطر إذا لم يجد الطعام إلا بزيادة على ثمن المثل[١]. ويزال الفساد بطلب العاقدين معاً أو بطلب أحدهما.

وإمكان فسخ العقد الفاسد عند الحنفية مشروط بشرطين.

أحدهما ـ بقاء المعقود عليه على ما كان قبل القبض: فلو تغير شكله، بأن هلك أواستهلك، أو كان غزلاً فنسجه، أو قمحاً فطحنه، أو دقيقاً فخبزه، امتنع الفسخ.

الثاني ـ عدم تعلق حق الغير به: فلو تصرف به المشتري لآخر بالبيع أو بالهبة مثلاً، وتم قبضه من الموهوب له، امتنع الفسخ.

(١٢)ـ والفرق بين الفسخ والإفساد: أن الفسخ يرد على عقد صحيح منعقد مكتمل الأركان والشروط، أما الإفساد فيقع على عقد غير صحيح بسبب الخلل الذي صحبه أو قارنه في صفة طارئة غير جوهرية فيه.

والعقد الصحيح قبل الفسخ يثبت به الملك الطيب الحلال، وأما الفاسد فيفيد الملك الخبيث شرعاً بالقبض، فإذا فسخ العقد الفاسد تساوى الفساد والفسخ في الأثر وهو زوال الرابطة العقدية التي كانت بين العاقدين.

(١٣)- ولا يشترط القضاء في فسخ العقد الفاسد أو العقد الباطل: لأن «الواجب شرعاً لا يحتاج إلى القضاء»[٢]، ولكن ذلك عند عدم النزاع بين المتعاقدين، فإذا حصل النزاع وجب اللجوء إلى القضاء. أما الفسخ فيتم إما بالتراضي أو بقضاء القاضي.

والخلاصة: أن البطلان أو الفساد يعاصر العقد، ولا يتراخى إلى ما بعد انعقاده صحيحاً، أما الفسخ فيكون بعد وجود العقد لا محالة[٣]. هذه هي التفرقة الدقيقة بين المصطلحات الثلاثة، وإن كان الفقهاء في الغالب لا يلتزمون هذه التفرقة،

---

(١) الأشباه والنظائر: ص ٣١٢.

(٢) درر الحكام: ٢/ ١٧٥.

(٣) حاشية الشلبي على الزيلعي: ٥/ ١٤٣.

فيعبرون عن الفسخ بالبطلان أو الفساد، فمثلاً حالة فساد العقد بفوات القبض المستحق بالعقد[١]، المقصود: هو الفسخ وليس الفساد[٢].

الحكم الإجمالي للفسخ ودليله:

(١٤)ــ الفسخ: إما واجب أو جائز، فيجب رعاية لحق الشرع، كفسخ العقد الفاسد لإزالة سبب الفساد واحترام ضوابط الشرع أو شرائطه التي قررها في العقود، حماية للمصلحة العامة أو الخاصة، ودفعاً للضرر، ومنعاً للمنازعات التي تحدث بسب مخالفة الشروط الشرعية.

ويجوز الفسخ إعمالاً لإرادة العاقد، كالفسخ بسبب الخيار في العقود غير اللازمة، والفسخ بالتراضي والاتفاق كالإقالة. وقد جاء الشرع بأدلة كثيرة في مشروعية الخيارات والإقالة[٣]، وقال عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك»[٤] وهذا دليل على أن حق الفسخ في الشريعة مستمد من فكرة اللزوم الذي يقوم عليه العقد. قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ٥/١] وقال النبي ﷺ فيما يرويه ابن ماجه عن أبي سعيد: «إنما البيع عن تراض».

والفسخ القضائي جائز إما رعاية لحق الشرع، وإما إحقاقاً للحق ورفعاً للظلم الذي يقع على أحد المتعاقدين بسبب إضرار العاقد الآخر، وإصراره على منع غيره من ممارسة حقه في الفسخ، لوجود عيب في المبيع أو استحقاق المبيع أو الثمن مثلاً. وحق القاضي في الفسخ ناشئ من ولايته العامة على الناس، أو لأنه يجب عليه رقابة تنفيذ أحكام الشرع.

وحينئذ يكون الفسخ إما شرعاً أو قضاء أو بالرضا.

---

(١) المبسوط: ١٣/٢٦.
(٢) سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي للدكتور جمال الدين محمود: ص ٤٤١ ومابعدها.
(٣) ر: خيار، وإقالة، وسيأتي قريباً دليل الإقالة.
(٤) أخرجه الحاكم عن أنس وعائشة، وهو صحيح.

ملاحظات ثلاث:

(١٥)ــ الأولى ــ الأصل في العقود اللزوم: يصون الفقه الإسلامي العقود عن الفسخ قدر الإمكان؛ لأن الأصل توافر القوة الملزمة للعقد لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ٥/ ١] ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [الإسراء: ١٧/ ٣٤]. قال القرافي: واعلم أن الأصل في العقود اللزوم؛ لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتب المسببات على أسبابها[١].

فإذا استأجر شخص عاملاً، فهرب العامل قبل تمام العمل، استأجر صاحب العمل من يعمل عليه، وله أن يفسخ العقد إذا عجز، ويسلم إلى العامل أجره قبل هربه[٢]. وفوات المنفعة بالكلية موجب للفسخ، أما فوات المنفعة الجزئية فلايوجب الفسخ[٣].

(١٦)ــ ليست الخيارات موهنة للقوة الملزمة للتعاقد، سواء كانت تعاقدية، كخيار الشرط، والتعيين، والنقد، أو شرعية، كخيار العيب والتدليس، والتغرير، وفوات الوصف، وتفرّق الصفقة، لأن الأولى نشأت بإرادة المتعاقدين، ولأن الثانية تخل بإرادة العاقد ورضاه، كإعطاء حق الإبطال وحق الإجازة في القوانين الحديثة لمن كانت إرادته معيبة بعيب من عيوب الرضا من إكراه أوغلط، أو تدليس أو استغلال.

(١٧)ــ الثانية ــ ليس في الفقه الإسلامي نظرية عامة للفسخ تطبق على جميع العقود في أحوال معينة تقتضي الفسخ، ولا يعرف الفقه أيضاً نظام الفسخ القانوني أي باعتباره جزاء يترتب لمصلحة الدائن على إخلال المدين بالتزامه، ويقوم على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة. ولكن يعرف الفسخ باعتباره نتيجة لإعمال شرط يتضمنه العقد عند الإخلال بالالتزام.

(١٨)ــ الثالثة ــ يرى بعض الكاتبين الجدد أن أساس حق الفسخ في الشريعة هو

---

(١) الفروق: ٣/ ٢٦٩.

(٢) الوجيز للغزالي: ١/ ٢٢٩.

(٣) المرجع السابق: ص ٢٣٨.

ركن الرضا، والرضا مرتبط بالمحل المعقود عليه طوال حياة الالتزام، فإذا انعدمت الصلة بينهما حتى بعد نشوء العقد كان العقد قابلاً للفسخ[١]. والأدق أن يقال: إن أساس حق الفسخ في الفقه الإسلامي هو فكرة المعاوضة المعتبرة شرعاً التي يشترط فيها أن تؤدي إلى التوازن في مضمون العقد، ليس فقط عند لحظة انعقاد العقد، بل حتى عند تنفيذ العقد، فإذا اختلت المعاوضة أو التوازن العقدي، كان لمن اختلت المعاوضة في جانبه حق طلب الفسخ[٢].

شروط فسخ العقد:

يشترط لجواز فسخ العقد شروط ثلاثة:

(١٩)ــ الأول: أن يكون العقد ملزماً للجانبين أي عقد معاوضة: فلا يرد الفسخ إلا على العقود الملزمة للجانبين كالبيع والإيجار، لأن الفسخ يقوم شرعاً كما بينت على فكرة المعاوضة المعتبرة شرعاً. أما العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة والكفالة وهبة ا لتبرع، فلا يتصور الفسخ فيه، لأن الملتزم طرف واحد، وليس هناك معاوضة أو مبادلة، حتى يلجأ الطرف الآخر إلى الفسخ لحماية مصلحته، وتسويغ امتناعه من تنفيذ التزامه.

(٢٠)ــ الثاني: أن يخالف العاقد شرطاً صريحاً أو ضمنياً أو حكماً في العقد: فإذا خالف أحد العاقدين ما اشترطه عليه العاقد الآخر صراحة، أو كان الشرط مفهوماً ضمناً، أو كان الالتزام مقرراً بمقتضى العقد، جاز للطرف الآخر طلب فسخ العقد، لاستحالة تنفيذ الالتزام المطلوب، كما في حالة هلاك العين المؤجرة، وإعسار المشتري بالثمن في البيع.

(٢١)ــ الثالث ــانعدام الرضا الصحيح: فإذا لم يرض العاقد بالخلل الحاصل أو كان رضاه مشوباً بعيب من عيوب الإرادة أو الرضا وهي الغلط والإكراه والتدليس، كان له حق المطالبة بفسخ العقد بالتراضي أو بالتقاضي. أما إن رضي بما آل إليه أمر المعقود عليه من هلاك كلي أو جزئي، فيسقط حقه في الفسخ.

---

(١) النظرية العامة للفسخ للدكتور علي حسن دنون: ص٧٣.

(٢) سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي للدكتو جمال الدين محمود: ص ٤٥٢.

وقد ذكرت سابقاً[١] شروط فسخ العقد الفاسد، أما فسخ العقد بسبب الخيار أو بسبب كون العقد غير لازم، أو حال الإقالة (الفسخ الاتفاقي) فمحله موضع بحث هذه الأمور.

أسباب الفسخ:

(٢٢)ــ أسباب الفسخ خمسة: إما الاتفاق أو التراضي ومنه الإقالة، وإما الخيار، وإما عدم اللزوم، وإما استحالة تنفيذ أحد التزامات العقد المتقابلة، وإما الفساد.

(٢٣)ــ ١ ــ الاتفاق: يفسخ العقد بالتراضي بين العاقدين بشرط صريح في العقد، والإقالة: نوع من الفسخ الاتفاقي، وهي الرفع والإزالة، أو هي «رجوع كل من العوضين لصاحبه، فيرجع الثمن للمشتري والمثمون للبائع، وأكثر استعمالها قبل قبض المبيع»[٢] وقال ابن عرفة: الإقالة: ترك المبيع لبائعه بثمنه. وهي عند الحنفية بالاتفاق بيع جديد في حق غير العاقدين، سواء قبل القبض أو بعده، وفسخ في حق العاقدين بعد القبض في رأي أبي حنيفة، لأنها رفع لغة وشرعاً، ورفع الشيء: فسخه، ويرى أبو يوسف: أن الإقالة بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما، إلا أن يتعذر جعلها بيعاً، فتجعل فسخاً، كأن تقع الإقالة قبل القبض في مبيع منقول، لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، لأن معنى البيع هو مبادلة المال بالمال، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل، وقد وجد، فكانت الإقالة بيعاً لوجود معنى البيع فيها، والعبرة للمعنى لا للصورة.

ويرى محمد: أن الإقالة فسخ إلا إذا تعذر جعلها فسخاً، فتجعل بيعاً للضرورة، لأن الأصل في الإقالة الفسخ، لأنها عبارة عن رفع الشيء لغة وشرعاً[٣].

(٢٤)ــ وذهب زفر والشافعية والحنابلة إلى أن الإقالة فسخ في حق الناس كافة،

(١) راجع ف /١١ وانظر ف/ ٥١ الآتية.

(٢) زاد المعاد لابن القيم: ١/ ٧٦.

(٣) البدائع: ٥/ ٣٠٦، فتح القدير: ٥/ ٢٤٧، الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ١٥٤.

لأن الإقالة هي الرفع والإزالة، ولأن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع، فكان فسخاً[١].

(٢٥)-. وذهب المالكية إلى أن الإقالة بيع ثان يشترط فيها ما يشترط فيه، ويمنعها ما يمنعه؛ لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليه منه، فهي تتم بتراضي الطرفين، يجوز فيها ما يجوز في البيوع، ويحرم فيها ما يحرم في البيوع، ولكنهم استثنوا ثلاثة أشياء:

أولاً ــ طعام المعاوضة قبل قبضه، أي الإقالة من بيع الطعام قبل قبضه، فالإقالة فيه حل أو فسخ للبيع، فلذلك جازت قبل قبض المشتري لها من البائع إن وقعت الإقالة بالثمن عينه، لا بأقل منه ولا بأكثر ولا بغيره، وإلا لزم بيع طعام المعاوضة قبل قبضه.

ثانياً ــ الشفعة: ليست الشفعة بيعاً، ولا حلّ بيع أي فسخه، بل هي لاغية للبيع، فمن باع نصيبه من عقار، ثم أقال المشتري منه، فالشفعة ثابتة للشريك بما وقعت به الإقالة، وعهدة الشفيع على المشتري.

ثالثاً: المرابحة: هي حل البيع، فمن باع بمرابحة، ثم تقايل مع المشتري، فلا يجوز له أن يبيعها مرابحة على الثمن الذي وقعت الإقالة به إذا وقعت بزيادة.

(٢٦)ــ ودليل جواز الإقالة[٢] : قوله ﷺ: «من أقال نادماً أقاله الله يوم القيامة»[٣] وفي رواية: «من أقال مسلماً، أقال الله عثرته»[٤].

ولا يجوز فسخ العقود اللازمة بحق الطرفين إلا بإرادتهما وذلك عن طريق الإقالة، ولا تجوز الإقالة في الزواج، بل يجوز الطلاق.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٥٢، القواعد لابن رجب: ص ٣٧٩، المغني: ٤/ ١٢١ ومابعدها.

(٢) الشرح الصغير: ٢/ ٢٠٩ ومابعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٧٢.

(٣) أخرجه البيهقي عن أبي هريرة.

(٤) أخرجه أبو داود، وكذا ابن ماجه وزاد (يوم القيامة) وأخرجه أيضاً ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

ويلاحظ أن الإقالة تحدث غالباً مع أنه لا خلل في المعاوضة بالنسبة للمتقايلين، وقد تحدث؛ لأن العاقد اكتشف في نفسه شيئاً من عدم الرضا بعد انعقاد العقد صحيحاً.

والخلاصة: أن الفسخ في الإقالة يختلف عن الفسوخ الأخرى، حيث لا يشترط في سائر الفسوخ رضا المتعاقدين، بل تصح من طرف واحد، أما الإقالة فلا تصح إلا برضا المتعاقدين، كما أن الإقالة لا تتأثر بالشروط الفاسدة عند الحنفية[١].

(٢٧)ــ ٢ ــ الخيار: هو الذي يتمثل فيه الفسخ بسبب شرط صريح أو ضمني، وهو أن يكون للمتعاقد الحق في الاختيار بين الإمضاء وعدم إمضائه بفسخه إن كان الأمر أمر خيار شرط أو رؤية أو عيب، أو أن يختار أحد المبيعين إن كان الأمر أمر خيار التعيين[٢].

يفسخ العقد بسبب وجود خلل في تكوين العقد، وبخاصة فيما يتعلق بالمعقود عليه، كما في خيار الوصف أوخيار الرؤية، وخيار العيب، وخيار الغبن والتغرير، وحينئذ يختلط الفسخ بالإبطال، ويفسخ بسبب تضمن العقد شرطاً يمنح أحد العاقدين أو كليهما رخصة فسخ العقد، كما في خيار الشرط وخيار النقد. وقد اعتبر الفقهاء استحقاق المبيع عيباً في العقد. والعيب يشمل كل ما من شأنه الحط من قيمة الشيء أو تفويت غرض من أغراضه.

كما يفسخ بسب تجزؤ الشيء في خيار تفرق الصفقة، أو تغير شكله قبل التسليم، أو وجد المشتري نقصاً في المقادير والكميات. وقد يفسخ العقد أيضاً بسبب الخلل في الرضا، فإذا شاب الرضا بعض العيوب كالغبن التدليسي والغلط، والإكراه، جاز الفسخ.

(٢٨) - ٣ - عدم لزوم العقد بطبيعته: إنه يجعل للعاقد الحق في الفسخ من الأصل، فيجوز لأحد العاقدين أو لكليهما بحسب العقد المسمى أن يستقل بالفسخ، مثل العارية والقرض والوديعة والشركة والوكالة، كلها عقود غير لازمة

---

(١) البدائع: ٧/ ٣٣٩٧، مطبعة الإمام بالقاهرة، مغني المحتاج: ٢/ ٦٥، المغني: ٤/ ٩٣.
(٢) الدر المختار: ٤/ ٤٧.

يجوز فسخها متى شاء أحد الطرفين المتعاقدين، بشرط إعلام الطرف الآخر بالفسخ في رأي الحنفية، ليكون على بيّنة من أمره، فعلم الطرف الآخر بالفسخ مشروط دائماً. وقال ابن رجب: عقود المشاركات كالشركة والمضاربة، المشهور أنها تنفسخ قبل العلم كالوكالة، وكذا الوديعة للوديع فسخها قبل علم المودع بالفسخ، وتبقى في يده أمانة، وكذا الطلاق والخلع يصح دون علم الآخر[١].

(٢٩) - ٤- استحالة تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين: سواء أكانت هذه الاستحالة ناشئة عن فعل الملتزم أم لا؛ إن هذه الاستحالة تجيز فسخ العقد أحياناً؛ لأن الالتزام المقابل يصبح بلا سبب. وعلى هذا إذا هلك الشيء المؤجر بعينه أو لم يستطع المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة، سقط التزامه بدفع الأجرة، وفسخت الإجارة، لاستحالة استيفاء المنفعة المتعاقد عليها. أما إذا كانت الإجارة في الذمة كتعهد نقل الحمل إلى مكان معين على أية دابة أو سيارة ثم تعبت الدابة أو تعطلت السيارة، فلا يفسخ العقد، بل يطلب التنفيذ العيني، أي الاستبدال بها غيرها. والقاعدة في البيع: أنه إذا كان الثمن ديناً، أجبر البائع على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن إن كان حاضراً، فإن كان الثمن غائباً أو بعيداً أو كان المشتري معسراً، فللبائع الفسخ[٢].

(٣٠) - ٥ - الفسخ للفساد عند الحنفية القائلين به في المعاملات: يفسخ العقد للفساد بحكم الشرع لإزالة سبب فساد العقد كما تقدم، كجهالة المبيع أو الثمن أو الأجل أو وسائل التوثيق من كفالة أو رهن جهالة فاحشة وهي التي تفضي إلى المنازعة، وتعليق المبيع على شرط، وإضافته للمستقبل، واشتمال البيع على الثمن المحرّم شرعاً كالخمر والخنزير، ووجود بيعتين في بيعة أو شرطين في بيع واحد، والإضرار بالمبيع كبيع جذع من سقف، وكون البيع فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه، أي احتمال الهلاك، كبيع الشيء المنقول المملوك قبل قبضه، ووجود شرط فاسد أو مفسد في العقد وهو ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا ورد

---

(١) القواعد: ص ١١٥.

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء: ص ٢٣٩-٢٤٠.

به الشرع ولا يتعارفه الناس، وإنما فيه منفعة لأحد المتعاقدين. ويمكن حصر أسباب الفساد كما تقدم في ستة: الإكراه، والغرر (غرر الوصف)، والجهالة، والتوقيت، والضرر الذي يصحب التسليم، والشرط الفاسد، ومنه الربا، أما فساد بيع المنقول قبل قبضه فيرجع للضرر[١].

وبه يتضح أن أسباب انحلال العقد في الفقه الإسلامي ثلاثة:

١ - كون العقد غير لازم.

٢ - الفسخ.

٣ - الإقالة[٢].

أنواع الفسخ

١- الفسخ الاتفاقي (أوالإقالة) والفسخ بحكم القضاء، والفسخ بحكم الشرع:

(٣١)- الفسخ الاتفاقي كما تقدم: هو إنهاء العقد باتفاق العاقدين، إذ إن فسخ العقد يكون بالوسيلة نفسها التي عقد بها العقد، فكما نشأ العقد بإيجاب وقبول متطابقين على إنشائه، كذلك يزول بإيجاب وقبول متوافقين على إلغائه، فالعقد: اتفاق ينشئ الالتزام، أما الإقالة فهي اتفاق يقضيه. ومحل الإقالة: إلغاء الالتزامات التي نشأت من العقد الذي أقيل، وسببها: هو الباعث الذي دفع المتقايلين إلى هذا الإلغاء.

وقد تتم الإقالة بإرادة منفردة إذا اتفق عليها بإرادتين سابقتين، وعلى أي حال فإن الإقالة التي هي فسخ اتفاقي لا تخل بالمعاوضة لأي من العاقدين، وإنما تدل على أن الرضا الكامل بالعقد غير متوافر.

(٣٢)ـ ويقرب من الإقالة: الرجوع في الهبة إذا تم بالتراضي، فهذه إقالة من

---

(١) راجع المبسوط: ١٣/ ٩-١٠.

(٢) مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ١٩٠.

الهبة، وقد يتم الرجوع في الهبة بغير الإقالة، وذلك بطريق القضاء إذا لم يقبل الموهوب له الإقالة، واستند الطلب إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع[١]. والعذ ر المقبول مثل إخلال الموهوب له بما يجب نحو الواهب، أو عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو أن يرزق ولداً بعد الهبة، وموانع الرجوع في الهبة هي الزوجية والقرابة والتصرف في الموهوب، والزيادة المتصلة في الموهوب أو تغييره على وجه تبدل فيه اسمه، كخياطة القماش ثوباً، وموت أحد العاقدين، وهلاك الموهوب أو استهلاكه، والعوض في الهبة، وحال كون الهبة صدقة لفقير أو جهة بر، وهبة الدين للمدين. ويلاحظ أن الزواج يقبل الفسخ قبل التمام لا بعده، فلا تصح إقالته[٢].

(٣٣) - وأما الفسخ بحكم القضاء أو الفسخ الجبري: فيكون إذا لم يحدث الفسخ بالتراضي، أو لرفع فساد العقد. ففي البيع المشتمل على خيار العيب، وفي حالة الهلاك غير الكلي حيث يكون العقد في حاجة إلى فسخ، يرى الحنفية أن المبيع إذا كان في يد البائع، فينفسخ البيع بقول المشتري: رددت، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي، ولا إلى التراضي باتفاق الحنفية والشافعية.

وأما إن كان المبيع في يد المشتري، فلا ينفسخ إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي عند الحنفية؛ لأن الفسخ بعد القبض يكون على حسب العقد؛ لأنه يرفع العقد، وبما أن العقد لا ينعقد بأحد العاقدين، فلا ينفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر،ومن غير قضاء القاضي، بخلاف الفسخ قبل القبض؛ لأن الصفقة ليست تامة حينئذ، بل تمامها بالقبض، فكان بمنزلة القبض[٣]. أما في خيار الرؤية فيرد المشتري المبيع بمحض إرادته دون حاجة إلى التراضي أو التقاضي، سواء كان ذلك قبل قبض المبيع أو كان بعد القبض. فإذا رد من له الخيار، ولو بعد قبض المبيع، رد بمحض إرادته دون حاجة إلى التراضي أو التقاضي.

---

(١) مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ٢٤٤-٢٤٦.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ١٧٧.

(٣) البدائع: ٥/ ٢٨١، ٢٩٨.

ويرى الجمهور أن العقد ينفسخ بقول المشتري: رددت، بغير حاجة إلى قضاء، ولا إلى رضا البائع؛ لأن الفسخ لا تفتقر صحته إلى القضاء، ولا إلى الرضا كالفسخ بخيار الشرط بالاتفاق، وبخيار الرؤية على أصل الحنفية[(١)].

(٣٤) - **ويفسخ القاضي العقد عند الاطلاع على فساده ورفع الأمر إليه،** كفسخ البيع الفاسد عند الحنفية إذا وجد فيه أحد أسباب الفساد الستة المتقدمة وهي الإكراه، والغرر، والجهالة،والتوقيت، والضرر الذي يصحب التسليم، والشرط الفاسد، والربا.

ولا يشترط أن يحكم القاضي بالفسخ، ما لم يكن الفسخ بسبب عيب في المبيع، وكان المشتري قد قبض المبيع.

وأسباب الفسخ القضائي أو حالاته: هي استحالة التنفيذ، وعدم التنفيذ، والإعذار في العقود المستمرة، والشرط الفاسخ الصريح أو الخيارات الاتفاقية.

(٣٥) - **وأما الفسخ بحكم الشرع:** فيكون بسبب الخلل الحاصل في العقد في شرط من شروط الشرع، كفسخ الزواج عند تبين الرضاع بين الزوجين، وفسخ البيع حالة فساده كما تقدم.

والفرق بين الفسخ الاتفاقي والفسخ أو الانفساخ بحكم الشرع والفسخ القضائي: أن الحكم في النوعين الأولين يكون كاشفاً عن الفسخ وليس منشئاً له، أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشئ للفسخ.

٢- الفسخ باعتباره جزاء لعدم تنفيذ العاقد الآخر التزامه:

(٣٦) - لا يجيز الفقه الإسلامي للعاقد أن يطلب الفسخ إذا لم ينفذ العاقد الآخر التزامه، فإذا لم يسلم البائع المبيع أو لم يدفع المشتري الثمن عند حلول الأجل، أجبر العاقد على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذ ه عيناً ممكناً؛ لأن مهمة القاضي هي إيصال ذوي الحقوق إلى حقوقهم، فلا موجب للفسخ.

---

(١) مغني المحتاج: ٢/٥٧، المهذب: ١/ ٢٨٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ١٢١، ١٣٨، المغني: ٤/١٠٩.

(٣٧) - وتكون القاعدة أن العقد لا يفسخ إذا أخل المدين بالتزامه، بل يبقى العقد قائماً في هذه الحالة، فإذا كان الثمن ديناً أجبر البائع في رأى الحنفية وغيرهم على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن إن كان حاضراً، وإن كان الثمن غائباً أو بعيداً أو كان المشتري معسراً، فللبائع الفسخ.

وإذا أخل المرتهن بالتزامه، لم يملك الراهن فسخ الرهن، بل يقتصر على مطالبة المرتهن بتنفيذ التزامه، أو مطالبته بالضمان إذا هلك المرهون.

وإذا لم يقم أحد العاقدين في الصلح بتنفيذ ما التزم به بموجب العقد، فليس للمتعاقد الآخرأن يفسخ الصلح، بل يطالب المدين بأن يقوم بتنفيذ التزامه[١].

٣- الفسخ بسبب الخيار (الفسخ والقوة الملزمة للعقد):

(٣٨) - عرفنا سابقاً أن الأصل في العقود اللزوم، فيلزم العقد بالإيجاب والقبول، إلا إذا كان فيه خيار أو كان العقد بطبيعته غير لازم، وحينئذ يجوز فسخ العقد إما لكلا العاقدين برضاهما أو لأحدهما بدون تراض، ففي العقد غير اللازم يثبت خيار الفسخ للعاقدين، وفي العقد المشتمل على الخيار يثبت حق الفسخ لكلا العاقدين في خيار المجلس[٢] عند القائلين به وهم الشافعية والحنابلة والإمامية، وكذا في خيار الشرط إن كان مشروطاً للعاقدين، فإن كان مشروطاً لأحدهما انحصر فيه حق الفسخ. ويكون حق الفسخ لأحد العاقدين أيضاً في الخيارات الناجمة عن وجود شائبة أو عيب في رضا أحد المتعاقدين كالغلط والغبن والتغرير والإكراه، وهذا يشمل خيار العيب، وخيار الغبن والتغرير، وخيار تلقي الركبان، وخيار تفرق الصفقة، وخيار الرؤية، وخيار فقد الوصف المشروط في العقد، وفي حال استحقاق[٣] أحد العوضين. وهذا يعني أن صاحب الخيار يقدر

---

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء: ص ٢٣٩ -٢٤٠، مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ٢٣٠.

(٢) خيار المجلس: هو أن يكون لكل من العاقدين حق فسخ العقد، ما داما في مجلس العقد، لم يتفرقا بأبدانهما، أو يخير أحدهما الآخر، فيختار لزوم العقد.

(٣) الاستحقاق: أن يدعي شخص ملكية شيء، ويثبت ذلك بالبينة، ويقضي القاضي له بملكيته.

على إمضاء العقد أو على حله كيفما شاء دون رضا الآخر، وإن خياره هذا يسقط بالإجازة الصريحة أو الضمنية، أي بكل مايدل على رضاه بإمضاء العقد بعد علمه بزوال سبب الخيار، وإذا أمضاه يصبح بعدئذ لازماً[١].

(٣٩) - ووجود هذه الخيارات لا يضعف القوة الملزمة للتعاقد؛ لأن العقد نشأ غير لازم باتفاق إرادتي العاقدين، كما في خيار الشرط ونحوه، أو بحكم الشرع، كما في خيار المجلس، لقوله ﷺ: «البيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما للآخر: اختر»[٢] أي اختر اللزوم، فهذا الحديث لا يعارض آية الأمر بالوفاء بالعقود؛ لأن المراد بالعقود هي الكاملة اللازمة التي لا خيار فيها، ولا يعارض أيضاً آية ﴿تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٤/ ٢٩] لأن هذا الخيار مشروع للتأكد من تمام الرضا.

وللعقود غير اللازمة في الفقه الإسلامي نظائر في القوانين الوضعية الحديثة، مثل العقود الزمنية غير المعينة المدة التي يجوز لأحد العاقدين فيها أن يستقل بنقضها بإرادته المنفردة[٣].

والخلاصة: أن الفسخ حق ضعيف، وهو خروج على القاعدة العامة التي تقضي بلزوم العقد، ووجوب الوفاء به.

٤- الفسخ للأعذار الطارئة:

يفسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة إذا كان عقد إيجار ونحوه، أو عقد بيع للثمار بسبب الجوائح.

---

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور صبحي محمصاني: ١/ ٢٨٩.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ومالك والشيخان وأصحاب السنن إلا ابن ماجه عن حكيم بن حزام، وأثبت ابن حزم تواتره، وقال ابن رشد عنه: وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها. لكن أجاب القرافي في الفروق: (٣/ ٢٧٠-٢٧٣) عن هذا الحديث بعشرة أجوبة، منها مخالفته عمل أهل المدينة، وهو مقدم على خبر الواحد - في رأيه ومنها حديث أبي داود والدارقطني: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار، ما لم يفترقا إلا أن يكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله».

(٣) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي للدكتور وحيد سوار: ف ٦١٥، ٦١٨.

(٤٠) - أجاز فقهاء الحنفية[١] دون غيرهم فسخ عقد الإجارة وعقد المزارعة بالأعذار الطارئة؛ لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر، للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد. والعذر: هو ما يكون عارضاً يتضرر به العاقد مع بقاء العقد، ولا يندفع بدون الفسخ. قال ابن عابدين: كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله، يثبت له حق الفسخ[٢].

(٤١) - الأعذار ثلاثة أنواع:

١ - عذر من جانب المستأجر: كإفلاسه أو انتقاله من حرفة إلى أخرى؛ لأن المفلس أو الذي بدل الحرفة لا ينتفع بالعقد إلا بضرر، وكذا سفره عن البلد؛ لأن في إبقاء العقد مع السفر ضرراً به.

٢ - عذر من جانب المؤجر: كلحوق دين فادح به لا يجد طريقاً لقضائه إلا ببيع الشيء المأجور وأدائه من ثمنه، هذا إذا ثبت الدين قبل الإجارة بالبينة أو بالإقرار. ومثل إطلاع المؤجر على عيب في المأجور.

٣ - عذر راجع للعين المؤجرة: كأن يستأجر شخص حماماً في قرية ليستغله مدة معلومة، ثم يهاجر أهل القرية، فلا يجب عليه الأجر للمؤجر.

وقد نص قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات (م ٨٩٢) المستمد من الفقه الإسلامي على أنه إذا حدث عذر يحول دون تنفيذ عقد المقاولة[٣] أو إتمام تنفيذه، جاز لأحد عاقديه أن يطلب فسخه أو إنهاءه حسب الأحوال، كما تفسخ الإجارة في مذهب الحنفية بالأعذار الطارئة. ونصت المادة (م ٨٩٥) على أنه إذا

---

(١) المبسوط: ٢/١٦ ومابعدها، البدائع: ١٩٧/٤ ومابعدها، تبيين الحقائق: ١٤٥/٥ وما بعدها، مختصر الطحاوي: ص ١٣٠، الدر المختار ورد المحتار: ٥٤/٥ ومابعدها.

(٢) رد المحتار: ٥٥/٥.

(٣) المقاولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر وهو عقد عرف حديثاً في القوانين الوضعية، وقد استقيت أحكامه في القانون المدني الأردني وفي قانون الإمارات من أحكام عقد الاستصناع وعقد الأجير المشترك العام.

تضرر أحد العاقدين من الفسخ، فللمتضرر أن يطالب الطرف الآخر بتعويضه في الحدود التي يقرها العرف.

(٤٢) - وقال جمهور العلماء (غير الحنفية)[١]: الإجارة عقد لازم، فلا تفسخ كسائر العقود اللازمة من أي عاقد بلا موجب، كوجود عيب أو ذهاب محل استيفاء المنفعة، فإذا فات المعقود عليه وهو المنفعة، كانهدام الدار، وموت الدابة والأجير المعينين، جاز الفسخ، ويكون بالنسبة للمستقبل لا في الماضي، وإذا وجد عيب في الشيء المؤجر، مثل جموح الدابة أو نفورها، أو كونها عضوضاً، أو تعثر الظهر في الشيء، أو طرأ عرج أو ضعف بصر أو جذام أو برص، جاز الفسخ أيضاً.

وتفصيل الحكم في هذه المذاهب: أن المالكية يجيزون فسخ الإيجار للعذر الذي يمنع استيفاء المنفعة شرعاً، كسكون ألم السن المستأجر على قلعها، أو العفو عن القصاص المستأجر على استيفائه، وتنفسخ الإجارة بحمل الظئر؛ لأنه يخاف على الولد من لبنها، وتنفسخ الإجارة أيضاً إن انقطع الماء عن الرحى المستأجرة.

ويجيز الشافعية فسخ الإجارة لعذر إذا أوجب خللاً في المعقود عليه أو كان عيباً فيه تنقص به المنفعة، أو تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً، كتعثر ظهر الدابة في المشي، والعرج الذي تتأخر به عن القافلة، وضعف البصر في المستأجر للخدمة، وانهدام الحائط في الدار، وانقطاع الماء في البئر والعين والرحى وغير ذلك مما يوجب خللاً في المعقود عليه ترد به العين للعيب. وتنفسخ الإجارة لقلع السن إن زال الألم للتعذر الشرعي.

وكذلك قال الحنابلة: لا تنفسخ الإجارة بالعذر إلا إذا أوجب خللاً أو عيباً في المعقود عليه تنقص به المنفعة أو تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً، فإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض أو انقطاع مائها فللمستأجر الفسخ.

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٢٢٧، مواهب الجليل للحطاب: ٥/ ٤٣٢ ومابعدها، مغني المحتاج: ٢/ ٣٥٥ ومابعدها، المهذب: ١/ ٤٠٥ ومابعدها، المغني: ٥/ ٤١٨، غاية ا لمنتهى: ٢/ ٢٠٩.

وأجاز المالكية والحنابلة فسخ البيع في بيع الثمار بسبب الجوائح إذا تلفت الثمرة كلها، وإنقاص الثمن في تلف بعض الثمار، كما سيأتي في حالات فسخ العقود (عقد البيع) ف/ ٧٥.

٥- الفسخ لاستحالة التنفيذ (الفسخ وتحمل تبعة الهلاك):

(٤٣) - عرفنا سابقاً أنه ليس في الفقه الإسلامي نظرية عامة للفسخ، وهذا حسن؛ لأنه يضيق من نطاق الفسخ في العقود على غرار القانون الروماني، ويوفر لها القوة الملزمة في التعاقد؛ أي أن حله بعد عقده أمر خطير، فوجب الاحتراز منه، والتضييق فيه ما أمكن.

ولذا يجيز الفقه الإسلامي الفسخ في حالة استحالة التنفيذ لأحد التزامات العقد، سواء أكان ذلك بفعل الملتزم أم لا؛ لأن الالتزام المقابل يصبح بلا سبب، وبناء عليه، يمكن القول بأن هلاك الشيء في جميع الأحوال قبل القبض يؤدي إلى فسخ العقد باتفاق المذاهب. وتقع تبعة الهلاك على عاتق الملتزم، كهلاك المبيع قبل القبض، وكما إذا لم يستطع المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة، فإن التزامه بدفع الأجرة يسقط[١]. ويسقط حق الفسخ إذا هلك الشيء أو تغير شكله بعد قبض المشتري له.

هذا.. وقد نص فقهاء الحنابلة على أنه إذا تعذر على البائع تسليم المبيع، فللمشتري الفسخ[٢].

(٤٤) - وإذا نص على التزام ما صراحة أو ضمناً في العقد، فإن عدم الوفاء به، يؤدي كذلك إلى الفسخ، مثال الصريح: ما لو تعهد المشتري بتقديم رهن أو كفيل بالثمن، ولم يفعل، فإن عقد البيع يفسخ. ومثال الشرط الضمني: ما إذا وجد المشتري في العين المبيعة عيباً، فله الفسخ، لأن سلامة المبيع من العيوب شرط

---

(١) النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته: ص ١٦٧.

(٢) شرح منتهى الإرادات: ٢/ ١٨٧، الطبعة الجديدة، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد للقاضي أحمد القاري (م ٤٧٢).

ضمني في عقد البيع، وكذلك في عقد الإجارة. وقد اعتبروا استحقاق المبيع عيباً.

(٤٥) - ويفسخ العقد أيضاً إذا تجزأ الشيء أو تغير شكله قبل التسليم، وكذلك إذا وجد المشتري نقصاً في المقادير؛ لتعيب رضا المشتري الذي لم يتوصل إلى وزن متفق عليه.

وقد يفسخ العقد أيضاً كما تقدم إذا شاب الرضا بعض العيوب، كالغبن التدليسي والخطأ (الغلط) والإكراه، ويفسخ أيضاً في حال بيع العين الغائبة، أو غير المرئية، فللمشتري الذي لم ير المبيع حق الفسخ أيضاً؛ لأن الغلط حينئذ كثير الاحتمال[١]، وبه يتبين أن الفسخ بالمعنى الصحيح لا يكون إلا في الأحوال التي يصيب فيها رضا العاقد عيب، أو يختل هذا الرضا، لعدم تحقق الشرط الذي توقعه العاقد عند التعاقد.

(٤٦) - وأساس الفسخ في جميع الأحوال مخالفة شرط صريح أو ضمني في العقد، ويكون الفسخ نتيجة لإعمال شرط يتضمنه العقد عند الإخلال بالالتزام.

وأساس المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية عن الهلاك الكلي أو الجزئي هو نظرية تحمل التبعة، أي أن كل شخص يتحمل مسؤولية الضرر الذي يحدثه بفعله مباشرة أو تسبباً، فأساس المسؤولية هو الضرر، وليس عنصر الخطأ[٢].

(٤٧)- وأساس تحمل تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي ليس كما يرى بعضهم هو طبيعة العقد الملزم للجانبين[٣]، وإنما هو المعاوضة أو المبادلة التي تقتضي إنشاء التزامات متقابلة، وتحقق وتراعي أساس المساواة التي تقوم عليها العقود. وتحقيق المساواة بين المتعاقدين يقتضي ألا يجبر أحدهما على تنفيذ التزامه، بينما الآخر لم يقم بتنفيذ الالتزام المقابل، وإلا كان في ذلك إخلال بالمساواة المقصودة[٤]. قال

---

(١) شفيق شحاته، المرجع السابق: ص١٦٨ ومابعدها.

(٢) مسؤولية الإنسان عن حوادث الحيوان والجماد للدكتور فاضل يوسف دبو: ص ١٥٦.

(٣) نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد زكي عبد البر: ١/ ١٤١.

(٤) مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ٢٤٣، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي للدكتور جمال الدين محمود: ص ٤٤٩ ومابعدها.

الكاساني: «ولأن المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة»[١] وقال أيضاً: «ولأن المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين[٢]».

وتظهر سلامة هذا التأصيل في حالة الهلاك الجزئي بنحو أوضح، فالالتزام الذي انقضى جانب من محله بالهلاك، لم ينقض بسببه الالتزام تماماً، ومع ذلك فإنه يسقط من الالتزام المقابل ما يساوي قيمة الجزء الهالك من التزام العاقد الآخر، أي الجزء الذي أصبح فيه الالتزام مستحيلاً.

٦- الفسخ للإفلاس والإعسار والمماطلة:

(٤٨) - إذا كان المدين معسراً أمهل إلى وقت اليسار، عملاً بنظرة الميسرة القرآنية: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٠] وإذا كان موسراً مماطلاً في الوفاء، وله مال يفي بدينه للحال، جاز للقاضي حبسه باتفاق المذاهب[٣].

وأضاف الحنابلة أنه إذا ظهر المشتري مفلساً أو معسراً، ولو ببعض الثمن، فللبائع خيار ا لفسخ، والرجوع بعين ماله، ولا يلزمه أن ينظره.

وإذا كان المشتري موسراً مماطلاً، فللبائع الفسخ.

وإذا هرب المشتري قبل نقد الثمن، وهو معسر، فللبائع الفسخ، وإذا كان موسراً، قضاه الحاكم من ماله، وإلا باع ا لمبيع، وقضى ثمنه منه.

وأما إذا كان الثمن حالاً غائباً عن المجلس دون مسافة القصر، فلا فسخ، ويحجر الحاكم البيع وبقية ماله حتى يحضر الثمن[٤].

والفسخ في هذه الأحوال يدخل تحت ما يسمى بخيار تعذر تحصيل الثمن أو المبيع، ذلك الخيار الذي يثبت على التراضي.

---

(١) البدائع: ٥/ ٢٤٩.
(٢) المرجع السابق: ٤/ ٢٠١.
(٣) سيأتي بحث ذلك في باب الإفلاس.
(٤) كشاف القناع: ٣/ ٢٤٠، طبع مكة، شرح منتهى الإرادات: ٢/ ١٧٨، الطبعة الجديدة، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحد للقاضي أحمد القاري (م٤٦٧-٤٧١).

(٤٩)- ووافق المالكية والشافعية مذهب الحنابلة في جواز الفسخ حال الإفلاس، فيكون رأي جمهور الفقهاء إعطاء خيار الفسخ في عقود المعاوضة للعاقد الذي سلّم شيئاً معيناً إلى آخر، بأن يسترده منه بحالة إفلاسه، إذا كان هذا الشيء لا يزال موجوداً عنده بعينه، عملاً بقوله ﷺ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس، فهو أحق به من غيره»[١] وقوله عليه السلام أيضاً: «من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به، ويتبع البيِّع - أي البائع - من باعه»[٢].

فلو أفلس المشتري بعد تسليم المبيع وقبل دفع الثمن، فللبائع خيار الفسخ واسترداد المبيع إذا كان هذا المبيع لا يزال بعينه في يد المشتري، عملاً بالحديث المتقدم، ولأن العجز عن إيفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع؛ لأن البيع عقد معاوضة يتطلب المساواة.

وليس خيار الفسخ مختصاً بعقد البيع عند الجمهور، بل هو ثابت أيضاً في كل عقود المعاوضات كالإجارة والقرض، فللمؤجر فسخ الإجارة إذا أفلس المستأجر قبل دفع الأجرة، وللمقرض الرجوع على المقترض إذا أفلس وكان عين ماله قائماً.

وأضاف الإمام الشافعي لجواز الرجوع والاسترداد في حال إفلاس المدين الحي حال وفاة المدين إذا تبين أنه مفلس[٣].

(٥٠)- أما الحنفية فلم يجيزوا الفسخ حال الإفلاس وغيره، جاء في المجلة (م ٥٩٢): «إذا قبض المشتري المبيع، ثم مات مفلساً قبل أداء الثمن، ليس للبائع استرداد المبيع، بل يكون مثل الغرماء» (وذلك لأن الثمن دين في الذمة)، وهذا مانع من الفسخ، ولقوله ﷺ فيما رواه الخصاف: «أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه، فهو أسوة غرمائه فيه» وأوّلوا حديث أبي هريرة الذي استند إليه

---

(١) روي في الصحيحين وغيرهما عن أبي هريرة.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي عن سمرة بن جندب.

(٣) شرح الخرشي: ٤/ ١٩١-١٩٣، بداية المجتهد: ٢/ ٢٣٧-٢٤٠، المهذب: ١/ ٣٢٣-٣٢٧، فتح العزيز: ١٠/ ١٣٣-٢٤٣، المغني: ٤/ ٤٥٦-٤٦٠، ٥٠٥، النظرية العامة للموجبات والعقود، محمصاني: ١/ ٤٩٤-٤٩٦.

الجمهور بأنه خاص بحالة شرط خيار الفسخ للبائع، وقبضه المشتري بشرط الخيار للبائع(١)، ولكن هذا التأويل ضعيف واهن؛ لأن الحديث صحيح وعبارته عامة مطلقة، فلا ينقض بحديث ضعيف.

وأجاز الجمهورفسخ الزواج للإعسار أو العجز عن النفقة، والفرقة طلاق عند المالكية، فسخ عند الشافعية والحنابلة لا تجوز إلا بحكم القاضي، وجوازها لدفع الضرر عن الزوجة. ولم يجز الحنفية التفريق بسبب الإعسار؛ لأن الله تعالى أوجب أنظار المعسر بالدين في قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٠](٢).

٧- الفسخ بسبب البطلان أو الفساد أو الردة في الزواج:

(٥١) - هناك فوارق بين البطلان والفساد منها: استحقاق الفسخ(٣):

فالباطل لا يحتاج إلى فسخ؛ لأنه معدوم لم يوجد، والفسخ يرد على عقد قائم كالعقد المشتمل على أحد الخيارات، وغير ذلك مما ذكر في أسباب الفسخ.

وأما الفاسد: فيستحق الفسخ رعاية لأحكام الشرع، إما بإرادة أحد العاقدين، أو بإرادة القاضي لأن إزالة الفساد واجب شرعاً، وبالفسخ يرتفع الفساد(٤).

ويبقى حق الفسخ قائماً، ولو بعد التنفيذ حتى يزول سببه إلا إذا وجد أحد موانع الفسخ وهي(٥):

١ - هلاك المعقود عليه أو استهلاكه أو تغيير شكله واسمه كطحن القمح، وخبز الدقيق.

---

(١) تكملة فتح القدير مع العناية: ٧/ ٣٣٠-٣٣١، طبع التجارية، تكملة فتح القدير: ٩/ ٢٧٩، طبع دار الفكر- بيروت.

(٢) الدر المختار: ٢/ ٩٠٣، الفروق: ٣/ ١٤٥، الشرح الصغير: ٢/ ٧٤٥، مغني المحتاج: ٣/ ٤٤٢، المغني: ٧/ ٥٧٣.

(٣) سيأتي بحث الموضوع في عقد البيع.

(٤) البدائع: ٥/ ٣٠٠.

(٥) البدائع: ٥/ ٣٠٠-٣٠٢، فتح القدير: ٥/ ٢٣١، ٣٠٢، رد المحتار: ٤/ ١٣٧، مجمع الضمانات: ص ٢١٦.

٢ - الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل، كخلط الدقيق بالسمن أو العسل، والبناء على الأرض، وصبغ الثوب. أما أنواع الزيادات الأخرى وهي الزيادة المتصلة المتولدة كالسمن والجمال، والزيادة المنفصلة المتولدة كالولد والثمرة، أو غير المتولدة كالكسب والغلة، فلا تمنع الفسخ والرد.

٣ - التصرف بالشيء المقبوض بعقد فاسد من قبل القابض، كالبيع والهبة والرهن والوقف.

ويلاحظ أن حق الفسخ بسبب الفساد يورث، فلو مات أحد العاقدين، جاز لورثته أو للعاقد الآخر فسخ العقد بعد الموت.

(٥٢) - ويفسخ الزواج باتفاق المذاهب بسبب ردة أحد الزوجين[١]، لأن الردة تتضمن تبييت الغدر والحقد والعداوة للمسلمين، فلا يناسبها بقاء الحياة الزوجية التي ينبغي أن تقوم على الوفاء والصفاء والحبّ والوئام والسلام، وقد قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْ ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٢١] وقال سبحانه: ﴿وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ٦٠/ ١٠] وتكون الفرقة بالردة فسخاً عند الجمهور، وطلاقاً في مشهور المذهب عند المالكية.

٨- الفسخ الرضائي والفسخ الجبري بطريق القضاء:

(٥٣) - **الفسخ الرضائي:** هو الذي يتم بتراضي الطرفين المتعاقدين، أو بإرادة أحدهما وهو الأصل في الفسخ، فالإجارة مثلاً لا بد لصحة فسخها من الرضا أو القضاء، أما المزارعة فيجوز على الرواية الراجحة فسخها، ولو بلا قضاء وتراض.

والفسخ الجبري بطريق القضاء: هو الذي يكون بحكم القاضي، ويلجأ إليه استثناء من الأصل إذا تعذر التراضي، أو إذا لم يراع العاقدان أحكام الشرع في تجنب أسباب الفساد، أو مصادمة نصوص الشريعة.

---

(١) فتح القدير: ٣/ ٢١، بداية المجتهد: ٢/ ٧٠، تحفة الطلاب للأنصاري: ص ٣٢٦، المغني: ٧/ ٥٦ ومابعدها.

وقد أشرت لهذا سابقاً في النوع الأول من أنواع الفسخ. وأخصص البحث هنا لبيان آراء المذاهب بإيجاز في أحوال كون الفرقة الزوجيةفسخاً، وما يتوقف من الفرق على القضاء وما لا يتوقف على القضاء.

(٥٤) - يرى الحنفية[١] : أن الفرقة تكون فسخاً فيما يأتي:

١ - تفريق القاضي بين الزوجين بسبب إباء الزوجة الإسلام، بعدما أسلم زوجها المشرك أو المجوسي فإن كان الإباء من الزوج، فتكون الفرقة طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد، وفسخاً عند أبي يوسف.

٢ - ردة أحد الزوجين.

٣ - تباين الدارين حقيقة وحكماً: بأن خرج أحد الزوجين إلى دار الإسلام مسلماً أو ذمياً، وترك الآخر كافراً في دار الحرب، قياساً على الردة، لعدم التمكين من الانتفاع عادة. وقال الجمهور: لا تقع الفرقة باختلاف الدارين.

٤ - خيار بلوغ الصغير أو الصغيرة، ولا تقع الفرقة حينئذ إلا بتفريق القاضي.

٥ - خيار العتق: بأن تعتق الأمة ويبقى زوجها عبداً، فلها الخيار بالبقاء أو إنهاء الزواج، وتثبت الفرقة بنفس الاختيار.

٦ - التفريق لعدم الكفاءة أو لنقصان المهر، ولا تكون إلا عند القاضي. وما عدا ذلك من أنواع الفُرَق يكون طلاقاً، ومنها الخلع. وضابط ما يتميز به الفسخ عن الطلاق في رأي أبي حنيفة ومحمد: هو أن كل فرقة بسبب من جانب المرأة تكون فسخاً، وكل فرقة من جانب الرجل أو بسبب منه مختص بالزوج فهي طلاق، إلا الردة فهي فسخ، وكذا الفرقة بالموت تكون فسخاً.

(٥٥) - ويرى المالكية[٢] : أن الفرقة تكون فسخاً فيما يأتي:

١ - إذا وقع العقد غير صحيح، كالزواج بإحدى المحارم، والزواج بزوجة الغير أو معتدته.

---

(١) فتح القدير: ٣/ ٢١، البدائع: ٢/ ٣٣٦ ومابعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٢/ ٥٧١.
(٢) بداية المجتهد: ٢/ ٧٠، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٣٦٤.

٢ - إذا طرأ على الزواج مايوجب الحرمة المؤبدة، كالاتصال الجنسي بشبهة من أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه، مما يوجب المصاهرة[١].

٣ - الفرقة بسبب اللعان: لترتب الحرمة المؤبدة عليه، لحديث: «المتلاعنان لايجتمعان أبداً»

٤ - الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام بعد أن أسلمت زوجته، أو إباء الزوجة غير الكتابية الإسلام بعد إسلام زوجها؛ لأن ذلك في معنى طروء مفسد على الزواج.

(٥٦) - ومذهب الشافعية[٢] : أن الفسخ أنواع سبعة عشر: فرقة إعسار مهر، وإعسار نفقة أو كسوة أو مسكن بعد إمهال الزوج ثلاثة أيام، وفرقة لعان، وفرقة خيار عتيقة، وفرقة عيوب بعد رفع الأمر إلى الحاكم وثبوت العيب. ووطء شبهة كوطء أم زوجته أو ابنتها، وسبي الزوجين أو أحدهما قبل الدخول أو بعده؛ لأن الرق أزال الملك عن النفس، فعن العصمة أولى، وفرقة إسلام أحد الزوجين، أو ردته، وإسلام الزوج على أختين أو أكثر من أربع، أو أمتين، وملك أحد الزوجين الآخر، وعدم الكفاءة، وانتقال من دين إلى آخر كالانتقال من اليهودية إلى النصرانية، وفرقة رضاع بشرط كونه خمس رضعات متفرقات قبل مضي حولين.

(٥٧) - وقال الحنابلة[٣]: يكون الفسخ في حالات، منها ما يأتي:

١ - الخلع إذا كان بغير لفظ الطلاق، أو بغير نية الطلاق.

٢ - ردة أحد الزوجين.

٣ - الفرقة لعيب مشترك، وهو الجنون والصرع، أو مختص بالمرأة كالرتق والقرن والبخر والقروح السيالة وانخراق ما بين السبيلين، أو مختص بالرجل كالجب والعُنَّة، ولا يفسخ الزواج إلا حاكم.

---

(١) رواه الدارقطني عن ابن عباس.

(٢) حاشية الشرقاوي: ٢/ ٢٩٤-٢٩٦، تحفة الطلاب: ص ٢٣٦.

(٣) المغني: ٧/ ٥٦ ومابعدها، غاية المنتهى: ٣/ ٤٦، ٥٦-٥٧، ١٠٣.

٤ - إسلام أحد الزوجين.

٥ - الفرقة بسبب الإيلاء بواسطة القاضي، إن انقضت المدة وهي أربعة أشهر، ولم يطأ الزوج زوجته، ولم يطلق بعد أن يأمره الحاكم بالطلاق.

٦ - الفرقة بسبب اللعان؛ لأن اللعان يوجب التحريم المؤبد بين الزوجين، كما تقدم، ولو لم يحكم به القاضي.

ويلاحظ أن هذه الفرقة توجب حرمة مؤبدة عند الجمهور وأبي يوسف، وتوجب حرمة مؤقتة عند أبي حنيفة ومحمد إذا خرج أحد الزوجين عن أهلية اللعان، أو كذب الرجل نفسه فيما قذف به المرأة.

وفرقة الفسخ: منها ما يتوقف على القضاء، ومنها ما لا يتوقف عليه[(١)]:

(٥٨) - أما فرق الفسخ المتوقفة على القضاء فهي:

١ - الفرقة بسبب عدم الكفاءة.

٢ - الفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل.

٣ - الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام إذا أسلم الآخر، لكن الفرقة بسبب إباء الزوجة متفق عليه، أما بسبب إباء الزوج فهو متفق عليه في رأي الجمهور، وأبي يوسف الذي يرى أن الفرقة فسخ. وخالف في ذلك أبو حنيفة ومحمد، فلم يريا توقفها على القضاء؛ لأن الفرقة حينئذ طلاق في رأيهما.

٤ - الفرقة بسبب خيار البلوغ لأحد الزوجين عند الحنفية إذا زوجهمافي الصغر غير الأب والجد.

٥ - الفرقة بسبب خيار الإفاقة من الجنون عند الحنفية إذا زوج أحد الزوجين في الصغر غير الأب والجد والابن.

(٥٩) - وأما فرق الفسخ غير المتوقفة على القضاء فهي:

(١) المراجع السابقة.

١ - الفسخ بسبب فساد العقد في أصله، كالزواج بغير شهود، والزواج بالأخت.

٢ - الفسخ بسبب اتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه اتصالاً يوجب حرمة المصاهرة.

٣ - الفسخ بسبب ردة الزوج في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف، فإن ارتد الزوجان فلا يفرق بينهما بمجرد الردة في الراجح عند الحنفية.

٤ - الفسخ بسبب خيار العتق للزوجة.

٥ - الفسخ بسبب ملك أحد الزوجين للآخر.

٩ - الفسخ لعدم إجازة العقد الموقوف:

(٦٠) - العقد عند الحنفية والمالكية إما نافذ أو موقوف، والنافذ: هو ما صدر ممن له أهلية وولاية على إصداره، كالعقد الصادر من الرشيد في ماله، أو الولي أو الوصي عن القاصر، أو الوكيل عن موكله، وحكمه: أنه تترتب عليه آثاره فور صدوره من غير توقف على إجازة أحد.

والموقوف: هو ما صدر من شخص له أهلية التعاقد، من غير أن يكون له ولاية إصداره، كعقد الفضولي، وعقد الصغير المميز في التصرفات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع ونحوه، والتصرف من الراهن أو المرتهن في الشيء المرهون، والوصية وتبرعات المريض مرض الموت فيما يزيد عن ثلث المال. وحكمه: أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه صاحب الشأن أو الحق الذي يملك إصداره، فإن لم يجزه، بطل العقد. أما الشافعية والحنابلة فقالوا: إنه باطل من الأصل.

(٦١) - وعدم إجازة العقد الموقوف ممن له ولاية أو ملك والذي يتوقف نفاذ العقد على رضاه يعد من أسباب انحلال العقد أو فسخه عند القائلين بانعقاده[1].

---

(١) الدر المختار رد المحتار: ٤/ ٥-٦، ١٠٤، البدائع: ٥/ ١٤٨-١٥٠، ١٥٥، بداية المجتهد: ٢/ ١٧١، فتح القدير مع العناية بهامشه: ٥/ ٣٠٩ ومابعدها، وسيأتي في عقد البيع بحث الموضوع.

إن عقود الفضولي[١] تكون موقوفة على إجازة صاحب الحق، فإن أجازه نفذ، وإلا فسخ واعتبر كأن لم يكن، وعقد الصغير المميز غير المأذون له في التجارة، فيما يتردد بين الضرر والنفع موقوف على إجازة وليه، فإن أجازه نفذ وإلا بطل، وتصرف المدين المحجور عليه أو المدين المفلس موقوف على إجازة الدائنين، وتبرع المريض مرض الموت من هبة أو صدقة فيما زاد عن ثلث تركته موقوف على إجازة الورثة، والوصية من الصحيح فيما يزيد عن ثلث التركة موقوفة على إجازة الورثة، وتصرفات السفيه والمغفل المترددة بين الضرر والنفع، كالبيع والشراء والقرض موقوفة على إجازة الولي.

فإن لم يجز هؤلاء أصحاب الحق التصرف انحل وعدَّ كأن لم يكن.

١٠ - الفسخ بسبب الاستحقاق:

(٦٢) - **الاستحقاق لغة:** طلب الحق، وفقها: ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير، أوهو أن يدعي شخص ملكية شيء، ويثبت دعواه ويقضي له القاضي بملكيته، وانتزاعه من يد حائزه. وعرفه المالكية بقولهم: هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله. فهو يجيز للمستحق طلب فسخ التصرف أو إمضاءه كالخيار، وتصرف الفضولي.

(٦٣) - والاستحقاق بالنسبة لفسخ العقد نوعان[٢]:

١- **مبطل للملك بالكلية**: بحيث لا يبقى لأحد عليه غير المدعي حق التملك، كالعتق والحرية الأصلية، وحكمه: أنه يوجب فسخ العقد بلا حاجة لحكم القاضي، ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه بالثمن، فلو أقام العبد بينة أنه حر الأصل، أو أنه كان عبداً لفلان، فأعتقه، فكل واحد، وإن لم يرجع عليه، أن يرجع على بائعه قبل القضاء عليه، ويرجع هو أيضاً على بائعه الأول.

---

(١) الفضولي في الأصل: من يشتغل بما لا يعنيه أو يعمل عملاً ليس من شأنه، واصطلاحاً: من يتصرف في شيء أو يعقد عقداً من العقود، دون أن يكون له ولاية ما على القيام به، كبيع ملك الغير أو إجارته.

(٢) الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ١٩٩.

٢- **وناقل للملك من شخص إلى آخر**: وهذا هو الغالب، كأن ادعى زيد على خالد أن مافي يده من المتاع ملك له، وبرهن على ادعائه. وحكمه: أنه لا يوجب فسخ العقد؛ لأنه لا يوجب بطلان ملك المشتري، وإنما يتوقف على إجازة المستحق أو فسخه. والصحيح عند الحنفية أن العقد لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن، ويفسخ العقد - في الأصح من ظاهر الرواية - بالفسخ، أي بالتراضي، لا بمجرد القضاء بالاستحقاق.

وليس لأحد من المشترين أن يرجع على بائعه بالثمن، ما لم يرجع عليه، لئلا يجتمع الثمنان في ملك واحد، أي فليس للمشتري الأوسط أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشتري الأخير.

والحكم بالاستحقاق يشمل الحائز ذا اليد، فيؤخذ المدعى به من يده، ويشمل أيضاً كل من تلقى ذو اليد الملك عنه.

(٦٤) - وتطبيقاً لذلك، إذا استحق بعض المبيع المعقود عليه قبل القبض، ولم يجز المستحق، بطل العقد في القدر المستحق؛ لأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع، ولم توجد الإجازة من المالك، وللمشتري الخيار في الباقي، إن شاء رضي به بحصته من الثمن، وإن شاء رده، سواء أحدث عيباً في الباقي أم لا.

وإن أثبت المستحق ملكيته المبيع كله بالبينة، فقضي له به، لا ينفسخ البيع، بل يصبح متوقفاً على إجازة المستحق، فإن أجاز البيع بقي المبيع للمشتري، ويأخذ المستحق الثمن من البائع، ويصبح البائع كوكيل عنه بالبيع؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. وإن لم يجز المستحق البيع، بل اختار أخذ المبيع، ينفسخ البيع السابق بالفسخ، أ ي بالتراضي عليه - في ظاهر الرواية- ويكون البائع ملتزماً للمشتري برد الثمن.

ما يقبل الفسخ وما لا يقبل:

(٦٥) - تنقسم العقود من حيث قابليتها للفسخ من كلا الطرفين المتعاقدين أو من طرف واحد إلى أربع فئات: عقود لازمة للطرفين، وغير لازمة لهما، ولازمة لطرف دون آخر، والتصرف بالإرادة المنفردة.

١- العقود اللازمة للطرفين:

(٦٦) - العقد النافذ إما لازم أو غير لازم، واللازم: هو ما ليس لأحد عاقديه فسخه دون رضا الآخر، كالبيع والإجارة. والأصل في العقود اللزوم كما تقدم؛ لأن الوفاء بالعقود واجب شرعاً، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١/٥] وغير اللازم أو الجائز: هو ما يملك كل من طرفيه أو أحدهما فقط فسخه دون رضا الآخر، إما عملاً بطبيعة العقد نفسه كالوكالة والإعارة والإيداع، أو لمصلحة العاقد كالعقد المشتمل على الخيار.

والعقد اللازم للطرفين: هو ما لا يمكن فسخه كعقده إلا باتفاق الطرفين، كالبيع، والإجارة، والصلح، والرهن والزواج، وهو نوعان:

أ - **عقد لازم لا يقبل الفسخ**: كالزواج، ولو باتفاق الطرفين بطريق الإقالة، أي لا يقبل الإلغاء الاتفاقي، وإنما يقبل الإنهاء بطرق شرعية كالطلاق والخلع[١] والتفريق القضائي لعدم الإنفاق، أو للعيب، أو للضرر وسوء العشرة، أو للغيبة، أو للحبس والاعتقال ونحو ذلك. وكل ما لا يقبل الفسخ لا يثبت فيه خيار؛ لأن الخيار يعطي حق الفسخ لصاحبه.

ب - **عقد لازم يقبل الفسخ**: أي يقبل الإلغاء بطريق الإقالة، التي هي اتفاق العاقدين على إنهاء العقد، وهي عقود المعاوضات المالية، كالبيع والإيجار والصلح والمزارعة والمساقاة والمغارسة ونحوها، ويسمى الفسخ عندئذ إقالة. وهذه العقود تقبل الفسخ بالخيار أيضاً، إذا طرأ عليها عيب من عيوب الرضا الذي يسلخ عنها صفة اللزوم في حق أحد الطرفين، كخيار العيب وغيره.

٢- العقود الجائزة غير اللازمة للطرفين:

(٦٧) - وهي التي يملك كل من العاقدين فيها حق الفسخ والرجوع، فتفسخ

---

(١) الطلاق ليس فسخاً، بل انهاء له بوضع حد لحكمه وآثاره. والخلع: هو إنهاء الزواج لقاء مال تدفعه الزوجة لزوجها.

بإرادة كل منهما، ما لم يتعلق ببقائها حق للغير، كالإيداع والإعارة والوكالة والشركة والمضاربة والهبة عند الحنفية، والوصية، والمقاولة، فالعقود الخمسة الأولى يجوز لكل من العاقدينْ فيها فسخ العقد متى شاء. والوصية والهبة يصح للموصى والواهب الرجوع عنها، كما يصح للموصى له والموهوب له ردها وإبطالها بعد وفاة الموصي، وفي حال حياة الواهب. والمقاولة يجوز لكل من صاحب العمل والمقاول الاتفاق على فسخها أو إنهائها بالتراضي، فإن لم يتفقا على ذلك جاز الفسخ قضاء بطلب أحد الطرفين.

فإن تعلق ببقاء العقد حق للغير، كالوكالة ببيع الرهن، لايجوز للراهن المدين عزل الدائن المرتهن الموكل بالبيع عن الوكالة، أي فسخ وكالته إلا بموافقة المرتهن منعاً من إلحاق الضرر به.

(٦٨) - ويلاحظ أن الهبة عند الحنفية عقد غير لازم، فيصح الرجوع عنه والفسخ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الواهب أحق بهبته ما لم يُثَب منها»[(١)] أي يعوض، فإنه عليه السلام جعل الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض، فيصح الرجوع ما لم يحصل تعويض، وإن تم القبض، فالعوض مانع من الرجوع، وموانع الرجوع سبعة: هي العوض المالي، والعوض المعنوي وهو ثلاثة أنواع: (الثواب من الله تعالى، وصلة الرحم، وصلة الزوجية) والزيادة المتصلة في نفس الموهوب، وخروج الموهوب عن ملك الموهوب له بالبيع أو الهبة ونحوهما، وموت أحد العاقدين، وهلاك الموهوب أو استهلاكه)[(٢)].

وقال الجمهور: الهبة عقد لازم بالقبض، لا يجوز الرجوع فيه إلا الوالد فيما أعطى ولده؛ لقوله ﷺ: «ليس لنا مثل السوء، العائد في هبته، كالكلب يعود في قيئه »[(٣)] وقوله عليه السلام: «ليس لأحد أن يعطي عطية، فيرجع فيها

---

(١) أخرجه ابن ماجه والدارقطني عن أبي هريرة، وفيه ضعيف، وأخرجه الطبراني والدارقطني عن ابن عباس وأخرجه الحاكم وصححه عن ابن عمر.

(٢) البدائع: ٦/ ١٢٧، تكملة فتح القدير: ٧/ ١٢٩، مجمع الضمانات: ص٣٣٨.

(٣) أخرجه أبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

إلا الوالد فيما يعطي ولده»[١] وسائر الأصول كالوالد عند الشافعية[٢].

٣- العقد اللازم لطرف دون آخر:

(٦٩)- وهو اللازم لأحد الطرفين، كالرهن والكفالة، فإنهما لازمان بالنسبة إلى الراهن والكفيل، غير لازمين بالنسبة للدائن المرتهن والمكفول؛ لأن العقد لمصلحتهما الشخصية توثيقاً للحق، فلهما التنازل عنه، أي أن العقد يفسخ بإرادة من ليس لازماً بحقه، وهو المرتهن والمكفول له.

٤- تصرفات الإرادة المنفردة:

(٧٠) - وهي التي تنعقد بإرادة واحدة، وتفسخ بإرادة منشئها، كالوصية لجهة خيرية، فإنها تفسخ بإرادة الموصي نفسه، وكالجعالة[٣] التي هي التزام بإرادة واحدة، وهي عقد جائز غير لازم، يجوز فسخه بإرادة الجاعل، فمن أعلن عن مكافأة لمن يعثر على شيء ضائع، ، أو لمن يكتشف علاجاً لمرض معين، أو لمن يتفوق في مسابقة معينة أو امتحان ما، له أن يعدل عن إعلانه أو وعده قبل تحقق الشيء المعلن، فهنا انعقد العقد لمجرد الإيجاب، وقبل قبول الملتزم له، فيجوز نقض الإيجاب؛ لأن للموجب أن يرجع عن إيجابه دائماً قبل القبول. وإذا ما أبدى الملتزم له صراحة رفضه للعقد، سقط العقد في جميع الأحوال.

حالات فسخ العقود وحالات عدم الفسخ:

(٧١) - القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي كما تقدم أنه لا يجوز في العقود الملزمة للجانبين أو عقود المعاوضة فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه،

---

(١) أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن ابن عمر وابن عباس بلفظ: «لا يحل لرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يرجع في عطيته أو هبته كالكلب يأكل، فإذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه».

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٤/ ١١٠، المنتقى على الموطأ: ٦/ ١٣٣، مغني المحتاج: ٢/ ٤٠١، المهذب: ١/ ٤٤٧، المغني: ٥/ ٦٢١.

(٣) الجعالة: التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه (الشرح الصغير: ٤/ ٧٩، مغني المحتاج: ٢/ ٤٢٩، كشاف القناع: ٤/ ٢٢٥).

وإنما يحق له مطالبة المدين بتنفيذ التزامه على أن ينفذ هو ما في ذمته من التزام. لكن يجوز فسخ العقد استثناء إذا تعذر على أحد المتعاقدين القيام بالتزامه، كأن هلك المعقود عليه، أو صار في حكم الهالك، أو فاتت منفعته المقصودة[١].

وبناء عليه، أذكر هنا حالات فسخ العقود وحالات عدم الفسخ.

حالات فسخ العقود: يفسخ العقد استثناء في أحوال خاصة في عقد البيع والإيجار.

فسخ عقد البيع: يفسخ عقد البيع، ويكون الضمان على البائع في أحوال خمسة هي:

(٧٢) - ١ - ضمان هلاك المبيع: يضمن البائع المبيع وينفسخ عقد البيع إذا هلك المبيع كله قبل القبض بآفة سماوية، أو بفعل المبيع نفسه، أو بفعل البائع ويرجع المشتري على البائع بالثمن إذا كان البائع قد قبضه.

أما إذا هلك المبيع بفعل المشتري فلا ينفسخ البيع، وعليه الثمن. وإذا هلك المبيع بفعل أجنبي لا ينفسخ البيع أيضاً، ويكون المشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه ودفع الثمن، وطالب الأجنبي بالضمان[٢].

وكذلك يضمن البائع للمشتري مقدار المبيع إذا ظهر أنه ناقص في الكيل أو الوزن، أو الذرع فيما ليس في تبعيضه ضرر، أو كان من العدديات المتقاربة مع شرائها بجملة ثمنها أو قدر الثمن على أساس ثمن الوحدة. ويكون المشتري بالخيار بين فسخ البيع أو أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن، كما يكون له الخيار في بيع الموزونات أو المذروعات التي في تبعيضها ضرر بين فسخ البيع أو أخذ المقدار الموجود بجميع الثمن المسمى.

---

(١) مصادر الحق للسنهوري: ٦/١٧، ٢٢٥، المحمصاني، المرجع السابق: ١/٤٩٨، شفيق شحاته، المرجع السابق: ص ١٦٧.

(٢) المبسوط: ١٣/٩، البدائع: ٥/٢٣٨ ومابعدها، رد المحتار: ٤/٤٤، المجلة (م ٢٩٣، ٢٩٤) مرشد الحيران (م ٤٦٠، ٤٦٢، ٤٦٥).

أما إذا بيعت مجموعة من العدديات المتفاوتة بجملة من الثمن، وظهر المبيع ناقصاً أو زائداً، كان البيع فاسداً[(١)].

هذا تفصيل الحنفية، ويوافقهم الشافعية في الجملة في فسخ البيع بهلاك المبيع بآفة سماوية، أما المالكية والحنابلة فقالوا: لا ينفسخ البيع، بل للمشتري أن يجبر البائع على تسليم ما يماثل المبيع إن كان من المثليات، وعلى دفع قيمته إن كان من القيميات، وله عند الحنابلة أن يفسخ البيع إذا شاء، وأن يسترد الثمن من البائع[(٢)].

(٧٣) - ٢ - ضمان استحقاق المبيع: يضمن البائع للمشتري أيضاً استحقاق المبيع، ويكون المشتري مخيراً بين أخذ المبيع وفسخ البيع السابق بالتراضي عليه في ظاهر الرواية، ويلزم البائع برد الثمن للمشتري، وبين إجازة البيع، وبقاء المبيع للمشتري، وأخذ المستحق الثمن من البائع، ويصبح البائع كوكيل عنه بالبيع؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة[(٣)].

(٧٤) - ٣ - ضمان العيب في المبيع: يضمن البائع عيب المبيع، ويكون المشتري بالخيار (خيار العيب) بين فسخ البيع ورد المبيع واسترداد الثمن، وبين إمساك المبيع إن رضيه، إذا ثبت كون العيب موجوداً عند البيع أو بعده قبل التسليم، وعند المشتري، وجهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض، ولم يشترط البائع السلامة عن العيب في المبيع، وأن تكون السلامة من العيب غالبة في مثل المبيع المعيب، وألا يزول العيب قبل الفسخ.

وهذا رأي جمهور الفقهاء ومنهم أبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد: يرجع المشتري بنقصان العيب فقط إن شاء[(٤)].

(٧٥) - ٤ - ضمان جوائح الثمار المبيعة: يرى المالكية والحنابلة أن الجوائح[(٥)]

---

(١) مرشد الحيران: (م ٤٤٨-٤٥٢).

(٢) مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٤٨٢، شرح الخرشي: ٤/ ٧٢-٧٣، المغني: ٤/ ٢١٨.

(٣) البدائع: ٥/ ٢٨٨ ومابعدها، فتح القدير: ٥/ ١٧٥ ومابعدها.

(٤) البدائع: ٥/ ٢٧٣-٢٧٦، فتح القدير: ٥/ ١٥٣، رد المحتار: ٤/ ٧٤.

(٥) الجوائح: جمع جائحة: وهي الآفة التي تصيب الثمار، فتهلكها، كالبرد والقحط والعطش والعفن وأمراض النباتات والزروع ونحوها من الآفات السماوية. أو هي كل آفة لا صنع للآدمي فهيا كالريح والبرد والجراد والعطش.

التي تصيب الثمار من ضمان البائع، وأن للمشتري أن يرجع بما أحدثته من التلف. ويرى الحنفية والشافعية أن هلاك الثمار من ضمان المشتري، ولا رجوع له بشيء على البائع.

أما المالكية فقالوا في الأرجح عندهم: يضمن البائع ما تتلفه الجائحة في الثمار والبقول، سواء القليل والكثير، وفي رأي مالك: يكون مقدار نقص الثمن إذا أصابت الجائحة الثلث فأكثر في الثمار والبقول. ويحسب الثلث بالكيل عند ابن القاسم، وبالقيمة عند أشهب. وكذلك قال الحنابلة في ظاهر المذهب: لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله، كالشيء اليسير الذي لا ينضبط، فلا يلتفت إليه[١].

ودليلهم: «أن النبي ﷺ وضع الجوائح»[٢] وفي لفظ لمسلم: «أمر بوضع الجوائح» وفي لفظ: «إن بعت من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذمنه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»[٣].

٥- ضمان الخيانة أو فسخ عقود المرابحة بسبب الخيانة: يرى الحنفية أنه إذا ظهرت الخيانة في المرابحة بإقرار البائع، أوببرهان عليها أو بنكوله عن اليمين، كان للمشتري الخيار: إن شاء أخذ المبيع، وإن شاء رده؛ لأن المرابحة عقد مبني على الأمانة؛ لأن المشتري اعتمد على أمانة البائع في الإخبار عن الثمن الأول، فكانت صيانة البيع الثاني عن الخيانة مشروطة دلالة أو ضمناً، فإذا لم يتحقق الشرط ثبت الخيار، كما في حالة عدم تحقق سلامة المبيع عن العيب[٤].

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ١٨٤، القوانين الفقهية لابن جزي: ص٢٦٢، المنتقى على الموطأ: ٤/ ٢٣١، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ١٨٢، المغني: ٤/ ١٠٤، أعلام الموقعين: ٢/ ٣٣٧، مختصر الطحاوي: ص ٧٨، نيل الأوطار: ١٧٨/٥.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي عن جابر.

(٣) رواه مسلم والنسائي وأبو داود وابن ماجه.

(٤) المبسوط: ٨٦/٣، البدائع: ٥/ ٢٢٥، فتح القدير: ٥/ ٢٥٦.

فسخ عقد الإيجار:

(٧٦) - عرفنا سابقاً في بحث الفسخ للأعذار الطارئة أن الحنفية[١] خلافاً لجمهور العلماء أجازوا فسخ الإجارة بالأعذار الطارئة، كمرض المستأجر أو سفره أو إفلاسه أو سرقة ماله، أو احتراق بضاعته، أو لحوق دين فادح بالمؤجر لا يجد طريقاً لقضائه إلا ببيع المأجور وأدائه من ثمنه، كما أجازوا فسخ الإجارة لموت أحد العاقدين، وذلك ليس تطبيقاً لقاعدة فسخ العقد لعدم تنفيذه.

كذلك قرروا فسخ الإجارة لسبب يرجع إلى العين المؤجرة أو إلى الأجرة.

أما فسخها لسبب يرجع إلى العين المؤجرة: فيكون إذا هلكت العين أو استحقت أو حدث بها عيب أو طرأ عليها ما يمنع استيفاء المنفعة المقصودة منها.

(٧٧) - فللمستأجر فسخ العقد إذا حدث بالدابة المؤجرة مرض أو عرج. وللمستأجر فسخ الإجارة إذا تغيرت الدار المؤجرة بفعل المؤجر أو بفعل غيره تغيراً يخل بالسكنى، أو إذا لم يقم المؤجر بترميم ما اختل من بنائها، أو خربت الدار أو انهدم جزء منها، أو ترتب على العمارة الضرورية للدار ما يضر بالسكنى أو يخل بالمنفعة المقصودة. كما أن لمستأجر الأرض فسخ الإجارة إذا صارت سبخة أو غمرت بالماء ولم يمكن زراعتها أو انقطع الماء عنها، فلم يمكن ريها.

وللمستأجر الفسخ بحدوث تفرق الصفقة في المنافع، كأن يستأجر دارين، فتسقط إحداهما، أو يستأجر داراً فيمتنع المؤجر عن تسليم بيت منها.

وأما فسخ الإجارة بسبب الأجرة: فيكون إذا لم يستوف المؤجر الأجرة، وهذا بخلاف البيع، فلا يفسخ لعدم دفع الثمن إلا إذا اشترط البائع خيار النقد[٢] كما سيأتي. وكذلك تفسخ الإجارة إذا استأجر رجل حماماً في قرية، ليستغله مدة معلومة، ثم يهاجر أهل القرية، ولا يجب على المستأجر الأجرة للمؤجر.

---

(١) المبسوط: ٢/١٦ ومابعدها، البدائع: ٤/ ١٩٤-١٩٨، تكملة فتح القدير: ٧/ ٢٢٠-٢٢٣، تبيين الحقائق: ٥/١٤٣-١٤٦، رد المحتار: ٥/ ٥٤-٥٦، المجلة (م ٥١٤) مرشد الحيران (م ٥٨٣-٥٨٤).

(٢) خيار النقد: هو فرع عن خيار الشرط، وهو أن يشترط المتبايعان في عقد البيع لأجل أن المشتري إذا لم يدفع الثمن في الأجل المعين كثلاثة أيام، فلا بيع بينهما.

وفي الإجارة على الأعمال قال الحنفية: إن كان لعمل الأجير المشترك كالخياط والصباغ والحداد أثر ظاهر في العين المؤجرة، ثم هلكت سقط الأجر، وأما إن لم يكن لعمل الأجير أثر ظاهر في العين المؤجرة كالحمال والملاح، فيجب الأجر بمجرد انتهاء العمل، ولا يسقط الأجر بهلاك العين بعدئذ[1].

حالات عدم الفسخ:

(٧٨) - لا يفسخ العقد في غير الأحوال المتقدمة، كما يبين من الأمثلة التالية في عقود البيع والإيجار ونحوه، والرهن والصلح.

عقد البيع: لا يفسخ إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن عند استحقاقه، فإن كان الثمن حال الأداء أي معجلاً، وجب أداؤه فوراً، وإن كان الثمن مؤجلاً إلى أجل معلوم، لزم أداؤه عند حلول أجله، وإن كان مقسطاً أدى كل قسط في ميعاده.

ولا يفسخ البيع عند عدم استيفاء الثمن إلا إذا اشترط البائع لنفسه صراحة في العقد ما يعرف بخيار النقد، فيفسخ العقد حينئذ بسبب الخيار الذي يجعل البيع غير لازم[2].

وإذا مات المشتري مفلساً بعد قبض المبيع وقبل نقد الثمن، فالبائع ـ عند الحنفية خلافاً للشافعية كما تقدم في الفسخ للإفلاس - أسوة الغرماء، ولو وجد متاعه باقياً بعينه فلا يكون أحق به من غيره من أرباب الحقوق الذين لهم حق على المشتري[3].

(٧٩) - **وعقد الإيجار**: لا يفسخ إن استأجر شخص دابة بغير عينها أي إجارة ذمة، ويكون له الحق في أن يطالب بدابة أخرى؛ لأنه تعاقد على نقل الحمل إلى مكان معين على أية دابة، فإذا تلفت الدابة أو تعبت، يستبدل بها غيرها، أي يطلب التنفيذ العيني، وليس له فسخ العقد.

---

(١) البدائع: ٤/ ٢٠٤، تبيين الحقائق: ٥/ ١٠٩، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ١٢.
(٢) المبسوط: ١٣/ ٥٠، فتح القدير: مع العناية: ٥/ ١١٤، الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ٥١، المجلة (م٣١٣) مرشد الحيران (م ٤١٨-٤٨٤).
(٣) مرشد الحيران (م ٤٦٣).

لكن إن كانت الدابة مستأجرة بعينها، فتلفت، فسخت الإجارة، وإن تعبت كان المستأجر بالخيار بين نقض الإجارة أو الانتظار حتى تقوى الدابة، وليس له أن يطالب بدابة أخرى[١].

وقال في لسان الحكام: لو أظهر المستأجر في الدار شرا، كشرب الخمر وأكل الربا والزنا واللواطة يؤمر بالمعروف، وليس للمؤجر وجيرانه أن يخرجوه، فذلك لا يصير عذراً في الفسخ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة.

(٨٠) - وعقد المزارعة الذي هو نوع من الإيجار: ليس لصاحب الأرض فسخه إن قصر المزارع في سقي الأرض حتى هلك الزرع أو يبس، أو أخر السقي تأخيراً غير معتاد، أو ترك حفظ الزرع حتى أكلته الدواب، أو لم يمنع الجراد حتى أكل الزرع كله. ولكن يجوز فسخها بالإقالة، ويكون المحصول لصاحب البذر، فإن كان صاحب البذر هو صاحب الأرض، استحق المزارع أجر مثل عمله، وإن كان صاحب البذر هو المزارع، استحق صاحب الأرض أجر مثل الأرض. كذلك يجوز للمستحق فسخ المزارعة إذا استحقت الأرض، وله قلع الزرع إن كان العاقدان سيّيء النية، وله على من قدم الأرض أجر المثل إن كان العاقدان حسني النية، وعليه أجر المثل للمزارع إن كان حسن النية، وكان من قدم الأرض سيّء النية[٢].

(٨١) - وعقد المساقاة: الذي هو أيضاً نوع من الإيجار: لا يجوز فسخه إلا بالتراضي (أي بالإقالة) وليس لأحد العاقدين طلب الفسخ، حتى ولو أخل المتعاقد الآخر بالتزاماته، وإنما له مطالبته بتنفيذ التزامه.

وهو يفسخ كالإيجار كما تقدم بالعذر، كما إذا عجز العامل عن العمل أو كان غير مأمون على الثمر، على صاحب الشجر أجر مثل عمل المساقي قبل الفسخ. ويفسخ أيضاً باتفاق المذاهب باستحقاق الشجر أو الثمر، أو الزرع في رأي المالكية الذين يجيزونه على زروع ذات أصول غير ثابتة، كالمقاثي، وبعض الزروع، كالقصب الحلو والبصل والباذنجان والحمص والفاصوليا.

وليس للمساقي عند الحنفية خلافاً للمالكية أن يساقي غيره دون إذن صاحب

---

(١) مرشد الحيران (م ٥٩٨) المجلة (م٥٣٨).

(٢) المجلة (م ١٣، ١٩، ٩٦، ١٤٣٨) مرشد الحيران (٧٢١ - ٧٢٤، ٧٢٩، ٧٢٩-٧٣٠).

الشجر، فإن فعل، كان صاحب الشجر بالخيار بين أن يأخذ الغلة كلها، ويعطي من قام بالعمل أجر مثله، وبين أن يترك الغلة لهما، ويرجع على المساقي الأول بأجر مثل محل المساقاة، وضمنه ما لحق به من ضرر بسبب فعله[1].

(٨٢) - وعقد الرهن أي الرهن الحيازي وكذا الرسمي والتأميني:

لا ينفسخ لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماته؛ لأنه عقد ملزم للجانبين، وإنما للعاقد الآخر المطالبة بالتنفيذ، فإذا أخل الراهن بالتزامه وباع المرهون بلا إذن المرتهن، لم يفسخ العقد، ولم ينفذ البيع إلا بإجازة المرتهن، لكن إن هلك المرهون في يد المشتري، كان للمرتهن الخيار: إن شاء ضمن المشتري قيمته يوم هلاكه، وإن شاء ضمنها الراهن.

وإذا أخل المرتهن بالتزاماته، بقي الرهن قائماً ولم يفسخ، فإن تعدى المرتهن وباع المرهون بلا إذن الراهن، لم ينفذ البيع، ويبقى الرهن قائماً لا يفسخ، فإن هلك المرهون في يد المشتري، كان للراهن الخيار في تضمين المشتري أو المرتهن. وإن رهن المرتهن المرهون بلا إذن الراهن، لم ينفذ الرهن الثاني، ويبقى الرهن الأول قائماً لا يفسخ. وإن باع المرتهن ثمار العين المرهونة بلا إذن الراهن أو القاضي، فلا يفسخ الرهن، بل يبقى قائماً، ويضمن المرتهن قيمة الثمار[2]. وإن هلك المرهون في يد الدائن المرتهن، ضمن الأقل من قيمته ومن الدين عند الحنفية، ولا يضمنه في مذهب الجمهور إلا بالتعدي أو التقصير[3]. وإذا شرط المرتهن تملك المرهون في مقابل دينه إن لم يؤده الراهن في الأجل، كان الشرط باطلاً لمنافاته الحديث: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه»[4].

---

(١) مرشد الحيران (م ٧٣٤، ٧٣٦، ٧٣٨).

(٢) تبيين الحقائق: ٦/ ٨١ ومابعدها.

(٣) البدائع: ٦/ ١٦٠، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٣٤٤، مغني المحتاج: ٢/ ١٣٧، المغني: ٤/ ٣٩٦.

(٤) رواه الشافعي والدارقطني وقال: هذا إسناد حسن متصل. وغلق الرهن: استحقاق المرتهن إياه لعجز الراهن عن فكاكه، فمعنى (لا يغلق) لا ينفك ملك الرهن عن صاحبه ولا يستحقه المرتهن، إذا لم يفتكه الراهن في الوقت المشروط.

والخلاصة: أن الرهن لا يفسخ لإخلال الراهن أو المرتهن بالتزامه، والعلاج إما عدم نفاذ التصرف، أو الإجبار على التنفيذ، أو الضمان عند الهلاك[١]. وعدم نفاذ التصرف كتصرف الفضولي هو رأي الحنفية والمالكية، وأما الشافعية والحنابلة فيرون أن التصرف باطل.

(٨٣) - وعقد الصلح أيضاً ملزم للطرفين بعد وقوعه، ولا يسوغ لأيهما أو لورثته من بعده الرجوع فيه، ويلتزم كل واحد من المتصالحين بما التزم به نحو الآخر، ولا يفسخ إذا كان في حكم المعاوضة، بأخذ شيء عن آخر إلا بالإقالة أي بتراضي الطرفين، ولاتجوز إقالة الصلح إذا تضمن إسقاطاً لبعض الحقوق. ولا يفسخ الصلح بمعنى المعاوضة (وهو الصلح عن إقرار على بدل معين يدفعه المقر) لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزامه، حتى ولو ضاع بدل الصلح أو استحق، وكان مما لا يتعين بالتعيين كالنقود، ويلزم من التزم به بمثل ما ضاع أواستحق. أما إذا كان البدل مما يتعين بالتعيين، فلا بد من فسخ الصلح؛ لهلاك المحل. ويرجع المدعي في الصلح عن إقرار على المدعى عليه بالمدعى به كله أو بعضه، فإن كان الصلح عن إنكار يرجع المدعي إلى المخاصمة[٢].

وذهب المالكية إلى أنه إذاكان الصلح عن إنكار (وهو الصلح الواقع مع إنكار المدعى عليه)، فللمظلوم من المتصالحين نقض الصلح في الأحوال الآتية؛ لأنه كالمغلوب على أمره في قبول الصلح:

١ - إذا أقر الظالم بعد الصلح بظلمه للآخر: بأن يقر المدعى عليه بأن دعوى المدعي حق، أو بأن يقر المدعي ببطلان دعواه.

٢ - إذا شهدت للمظلوم بعد الصلح بينة لم يكن يعلمها وقت الصلح، وحلف على عدم علمه بها.

٣ - إذا كانت له بينة غائبة بعيدة يتعذر إحضارها وقت الخصومة، وأشهد عند الصلح أنه يقوم بها إذا حضرت.

---

(١) مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ٢٢٢ ومابعدها.

(٢) مرشد الحيران (م ١٠٤٨، ١٠٤٩).

٤ - إذا وجدت وثيقة الحق عند المدعي بعد الصلح[١].

(٨٤) - وكذلك عقد الشركة: لا يفسخ لإخلال أحد الشركاء بالتزامه، بل يجب على المخل بالتزامه الضمان[٢] أي حتى ولو كانت الشركة عقداً غير لازم يجوز فسخه في رأي جمهور العلماء إذا أريد بقاء الشركة، وقرر المالكية أن الشركة عقد لازم، فتكون كالبيع والإيجار والرهن؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين.

فروق بين الفسخ وغيره:

لقد سبق بيان الفروق بين الفسخ وغيره، وأوجزها هنا مقتصراً على بيان الفروق فقط فيما سبق ذكره، وأوضح ما لم يذكر سابقاً.

١ - الفرق بين الفسخ والانفساخ:

(٨٥) - ينحصر الفرق بين الفسخ والانفساخ في طريق نشوئه، فالفسخ: إما أن ينشأ عن الرضا أو الإرادة، أو جبراً عن المتعاقدين أو عن أحدهما بحكم القاضي. أما الانفساخ فينشأ عن حادث طبيعي وهو استحالة تنفيذ مقتضى العقد، كهلاك أحد البدلين، وينفسخ العقد المستمر كعقد الإيجار إذا فقد ما يعتمد عليه بقاؤه.

فينفسخ البيع بهلاك المبيع قبل قبضه، لاستحالة تنفيذ العقد بالتسليم بعد هلاك محله ولا ينفسخ بموت البائع، بل يطالب الوارث بالتسليم، لثبوت آثار العقد الفوري عقب حدوثه دون توقف على بقاء العاقد. وتنفسخ الشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة بموت أحد العاقدين في مذهب الحنفية خلافاً للجمهور؛ لأن هذه العقود تنشئ التزامات عملية ذات آثار متجددة، فيها انسحاب واستمرار يعتمد بقاؤه بقاء العاقد، علاوة على بقاء المحل[٣].

(١) التقنين المالكي (م٢٥٥) الذي صدر عن مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، الشرح الصغير: ٣/ ٤١٤.

(٢) المجلة (م ١٣٨٧).

(٣) المدخل الفقهي، للأستاذ الزرقاء: ف / ٣٠٢، ٣٠٣.

٢- الفرق بين الفسخ (انحلال العقد) وانقضاء الالتزام:

(٨٦) - هناك فرق واضح بين الفسخ أو انحلال العقد، وبين انقضاء الالتزام، فالفسخ: يؤدي إلى حل الرابطة التي كانت بين المتعاقدين، ويلغي الالتزامات القائمة بينهما. فهذا الفسخ يستلزم انقضاء الالتزامات التي كانت ناشئة بذلك العقد المنحل، ففسخ البيع مثلاً ينهي التزام المشتري بدفع الثمن، والتزام البائع بتسليم المبيع.

أما انقضاء الالتزام: فيحصل إما بتنفيذ الالتزام ووصول كل ذي حق إلى حقه، وإما بسقوط عهدة التنفيذ؛ لزوال ما أوجبها.

فكل انحلال للعقد تنقضي به التزاماته السابقة، ولا عكس، أي لا يلزم من انقضاء الالتزام انحلال العقد الذي أنشأه؛ إذ قد يكون الانقضاء بتنفيذ الالتزام الذي أوجبه، لا بسقوط العقد الموجب. وعلى هذا فتقابض العاقدين في المبيع والثمن هو انقضاء للالتزام بتنفيذ العقد، وليس هو فسخاً أو انحلالاً للعقد[1].

وإنجاز المقاول العمل المتفق عليه هو انقضاء للالتزام أو انقضاء للمقاولة، أما فسخ المقاولة بالتراضي أو بالقضاء لسبب ما، أو لعذر طارئ يحول دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه، فهو انحلال للعقد وانقضاء للالتزام معاً تبعاً للانحلال.

٣- الفرق بين الفسخ والإبطال والبطلان والفساد:

(٨٧) - **الفسخ:** حل ارتباط العقد المنعقد لعدم التنفيذ، أو للإخلال بالالتزام، أولعدم توافر الرضا التام ويحدث بالتراضي أو بالقضاء[2]. أما **الإبطال**: فهو الحكم بكون الشيء باطلاً من أساسه لفقد ركنه أو محله أو لنقص في أهلية العاقد، ولا حاجة فيه لقضاء الحاكم، **والبطلان** أثر ذلك الحكم اللازم للشيء بعد نقضه بسبب الخلل الجوهري الذي صاحب العقد منذ نشوئه. وأما الفساد: فهو عند القائلين به في المعاملات وهم الحنفية اختلال في صفة عارضة طارئة على العقد، غير جوهرية فيه.

---

(١) المرجع السابق: ف/ ٣٠٥، ٣٠٦.

(٢) المحمصاني، المرجع السابق: ص ٤٩٢-٤٩٦.

فإذا هلك المبيع قبل القبض تعذر تسليمه وفسخ البيع، وإذا صدر العقد من عديم الأهلية، كالمجنون والمعتوه، كان باطلاً، وإذا كان المبيع أو الثمن مجهولاً، فسد العقد، ووجب إزالة الفساد شرعاً، فإن لم يزل الفساد، انتقل الملك بالقبض خبيثاً غير طيب في تقدير الشرع، ويأثم العاقد.

٤- الفسخ وشرط الإلغاء الصريح أو الضمني:

(٨٨) - أثبت جمهور الحنفية وجمهور العلماء استحساناً حق الفسخ حال الشرط الصريح بإلغاء العقد، وهو ما يسمى بخيار النقد: وهو كما تقدم أن يشترط البائع على المشتري أداء الثمن في مدة معينة، وإلا لغا البيع بينهما، أو يشترط البائع أنه إذا رد الثمن للمشتري في المدة المعينة، يفسخ البيع، وذلك منعاً لمماطلة المشتري بدفع الثمن.

لكن اختلف المجيزون له في المدة، فحددها أبو حنيفة بثلاثة أيام كخيار الشرط، وحددها غيره بحسب الحاجة، وتركها محمد بن الحسن بدون تحديد، وبرأيه أخذت المجلة، لكن الأصل في خيار الشرط اللزوم، فإذا انتهت المدة المشروطة دون فسخ لزم العقد، والأصل في خيار النقد عدم اللزوم، فإذا لم ينقد الثمن في المدة فسد البيع ولا ينفسخ.

ولم يجز الشافعي وزفر خيار النقد وقالوا بعدم صحته مطلقاً[١].

(٨٩) - وأما عند عدم الشرط الصريح فلم يقرّ الفقه الإسلامي كمبدأ عام حق إلغاء العقد بسبب عدم التنفيذ، بل إنما أقر الفسخ في بعض الحالات المذكورة سابقاً في بحث أسباب الفسخ لوجود شرط ضمني بجواز الفسخ أو الإلغاء، ومن تلك الحالات:

أولاً- أن حق الفسخ مقرر في بعض أحوال استحالة التنفيذ، كعجز البائع عن تسليم المبيع بسبب هلاكه، يكون للمشتري خيار الفسخ، وكبيع السّلم (بيع آجل

---

(١) البحر الرائق: ٦/٦-٧، المجلة (م ٣١٣-٣١٥) الشرح الكبير للدردير: ٤/٥٩، الميزان الكبرى للشعراني: ٢/٩٢، كشاف القناع: ٣/١٨٤.

بعاجل) إذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل، لعدم وجوده، يكون المشتري بالخيار بين فسخ السّلم واسترداد الثمن، أو انتظار وجوده إلى العام المقبل[١].
وكعقد الإجارة إذا لم يستطع المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة، فإن التزامه بدفع الأجرة يسقط.

ثانياً- أجاز الحنفية باستحسان المصلحة ما يسمى بخيار الوصف أو خيار فوات الوصف المرغوب فيه (وهو أن يكون المشتري مخيراً بين أن يقبل بكل الثمن المسمى أو أن يفسخ البيع حيث فات وصف مرغوب فيه، في بيع شيء غائب عن مجلس العقد) أي أنه يثبت حق الفسخ للعاقد الذي اشترطه إذا لم يوجد الوصف المطلوب، كأن يشتري جوهرة على أنها أصلية أو بقرة على أنها حلوب أوشيئاً يحتاج لتجربة، ثم يظهر العكس، فيكون المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن المسمى؛ لأن هذا وصف مرغوب فيه، يستحق في العقد بالشرط، فإذا فات، وجب التخيير، لعدم توافر الرضا بدونه[٢].

ومثل ذلك في **عقد الاستصناع**: إذا لم يكن المصنوع على الوصف المطلوب؛ كان المستصنع مخيراً[٣].

ثالثاً: يجوز عند جمهور الفقهاء غير الحنفية الفسخ في عقود المعاوضة بسبب الإفلاس حال وفاة المدين واسترداد المبيع الموجود، كما تقدم. كذلك أجاز الإمام الشافعي أيضاً خلافاً للجمهور حق الرجوع والاسترداد في حال وفاة المدين إذا تبين أنه مفلس.

رابعاً: أثبت الفقهاء بالاتفاق خيار العيب، فيجوز الفسخ بسببه، والشرط ليس صريحاً بل هو ضمني، كما إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً، فإنهم قالوا: إن سلامة المبيع من العيوب شرط ضمني في عقد البيع، وكذلك في الإجارة، فإنها تنفسخ

(١) الدر المختار: ٤/ ٢٦٩، القوانين الفقهية: ص ٢٧٠.
(٢) رد المحتار: ٤/ ٤٩، فتح القدير: ٥/ ١٣٥، المجلة (م ٣١٠-٣١٢).
(٣) المجلة (م ٣٩٢).

بخيار عيب حاصل قبل العقد أو بعده بعد القبض يفوت به النفع، كخراب الدار، وانقطاع ماء الرحى وانقطاع ماء الأرض[١].

٥- الفرق بين الشرط الموقف (الواقف) والشرط الفاسخ:

(٩٠) - تبين لدينا أن الفسخ في الفقه الإسلامي منوط بشرط الإلغاء الصريح أو الضمني، وكلا الشرطين من قبيل تعليق الفسخ بشرط فهو شرط تعليقي في اصطلاح الفقه. وهناك في الفقه الغربي القانوني تقسيم لهذا الشرط إلى نوعين: شرط موقف (أو واقف) وشرط فاسخ.

أما الشرط الموقف: فهو الذي يعلق نشوء الالتزام، ويجعله متوقفاً على أمر مستقبل محتمل، مثل آجرتك داري هذه سنة بكذا إن نقلت وظيفتي إلى بلد آخر.ويلاحظ أن تعليق الإجارة على هذا الشرط يفسد العقد عند فقهاء الحنفية وغيرهم؛ لأن عقود المعاوضات لا تقبل التعليق على شرط متردد بين الوجود والعدم؛ لأن ملكية العين أو المنفعة لا بد أن تكون مستقرة جازمة لا تردد فيها، وإلا شابهت القمار[٢].

وأما الشرط الفاسخ: فهو الذي يرتب على وقوعه الالتزام القائم، مثل: استأجرت دارك على شرط أنني إذا نقلت وظيفتي إلى بلد آخر، انفسخت الإجارة. وهذا لا مانع منه في فقهنا، وهو الذي يشمل شرط الإلغاء الصريح والضمني المتقدم.

والفارق الأساسي عند القانونيين. بين النوعين في الحكم: هو أن الالتزام في الشرط الموقف معدوم، محتمل الوجود، وفي الفاسخ موجود محتمل الزوال[٣].

٦- الفرق بين الفسخ والطلاق، وهل يتوقف فسخ الزواج على القضاء؟

(٩١) - سبق بيان الفَرْق بين الفسخ والطلاق في ف/ ٧، كما سبق بيان الفُرَق التي تكون فسخاً للزواج في ف/ ٥٤-٥٧، وما يتوقف منها على القضاء في ف/ ٥٨.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٦/ ٧٧.

(٢) سيأتي التفصيل في بحث عقد البيع.

(٣) الأستاذ الزرقاء، المرجع السابق: ف / ٢٩٨.

بعض أسباب الفسخ

(٩٢) - سبق الكلام عن أسباب الفسخ الجائزة في فقهنا، ويجدر بنا بيان بعض أسباب الفسخ الجائزة وغير الجائزة، وهي الإخلال بالالتزام، واستحالة التنفيذ، وعدم تنفيذ العقد:

١- الإخلال بالالتزام:

القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي أنه لا ارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، وإنما كل التزام مستقل عن الالتزام المقابل له، فالتزام المشتري بدفع الثمن في مقابل التزام البائع بتسليم المبيع وضمانه، لا يرتبط أحدهما بالآخر. وكذا التزام المستأجر بدفع الأجرة لا يتعلق بتسليم المؤجر العين المؤجرة.

(٩٣) - وبناء عليه، ضاقت نظرية الفسخ في الفقه، إسهاماً في دعم القوة الملزمة للعقد، وأضحى الأصل أن العقد الملزم للجانبين أو عقد المعاوضة لا يفسخ لإخلال أحد العاقدين بتنفيذ التزامه، وليس للدائن إلا أن يطالب المدين بالتنفيذ أو بالضمان على حسب الأحوال. فإذا لم يدفع المشتري الثمن، لم يفسخ البائع البيع، بل له مطالبة المشتري بالثمن، وإذا لم يدفع المتصالح في الصلح بدل الصلح، فليس للآخر فسخ العقد، وإذا أساء الدائن المرتهن استعمال الشيء المرهون فأخل بالتزامه بالحفاظ عليه، فليس للراهن فسخ الرهن، وإنما له الحق في طلب وضع المرهون تحت يد عدل[1]، دفعاً للضرر عن نفسه، وإذا هلك المرهون، ضمن المرتهن في مذهب الحنفية الأقل من قيمته ومن الدين.

(٩٤) - ولكن يجوز استثناء فسخ العقد للإخلال بالالتزام في أمرين[2]:

الأول- انعدام محل العقد أو فوات منفعته المقصودة، فإذا هلك المبيع أو

---

(١) العدل: شخص آخر غير العاقدين يؤتمن على حيازة المرهون. وأجاز الحنابلة (القواعد لابن رجب: ص ٦٥) للراهن فسخ عقد الرهن إذا لم يقم الدائن المرتهن بتنفيذ التزامه.

(٢) مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ٢٣٠ ومابعدها.

المأجور أو تعيب أو نقص مقداره أو تعذر استيفاء المنفعة المقصودة منه، أصبح العقد قابلاً للفسخ.

الثاني- الإخلال بالالتزام في العقود المستمرة أو عقود المدة: كالإيجار وعقد التوريد، فإذا أخل العاقد بالمنفعة، أو بالعمل في عقد الإجارة، أو أخل المورِّد بالتزامه، فلم ينفذ المطلوب، توقف العاقد الآخر من تقديم المنفعة، وأمسك العامل عن العمل حتى يستوفي الأجر، وامتنع المورَّد له من دفع الثمن، وهذا كفسخ للعقد.

٢- استحالة تنفيذ العقد:

(٩٥) - تبين مما تقدم أنه يفسخ العقد أحياناً لاستحالة تنفيذه، وهو ما يسمى في فقهنا بالآفة السماوية، ويسمى عند الإنكليز بالحادث الإلهي، وعند الفرنسيين بالقوة القاهرة أو الظروف أو الأحوال الطارئة، فيفسخ البيع كما تبين بهلاك المبيع قبل تسليمه، لاستحالة تنفيذ العقد بعد هلاك محله، كما ينفسخ عقد الإيجار بخراب الدار المؤجرة أو بالإخلال بالمنفعة كانهدام جزء منها يؤثر هدمه على المنفعة المقصودة منها[١]، كما ينفسخ بيع الثمار بهلاكها كلها بجائحة، وينقص من الثمن بمقدار ما تصيبه الجائحة إن بلغ المجاح الثلث فأكثر في رأي الإمام مالك، وسواء أكان قليلاً أم كثيراً في مذهب الحنابلة والراجح عند المالكية، كما تقدم.

٣- عدم تنفيذ العقد ومتى يجوز؟

(٩٦) - إذا كان الفقه الإسلامي قد ضيق من نطاق الفسخ؛ لأن فسخ العقد أمر خطير، فوجب الاحتراز عنه، فإنه وسع فيما يسمى بالدفع بعدم تنفيذ العقد، على أنه ليس فسخاً، وإنما هو وقف لتنفيذ العقد، ويظهر ذلك في أمثلة كثيرة، منها العقود التالية: عقد البيع والإيجار والوكالة والزواج[٢].

(٩٧) - أما في عقد البيع (بيع سلعة بنقد أو عين بدين) فإنه يجب في مذهبي

(١) مرشد الحيران (م ٦٤٦).

(٢) مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ٢١٥، ٢٣٤-٢٤١.

الحنفية والمالكية[1] على المشتري أن يدفع الثمن أولاً ما لم يكن مؤجلاً أو مقسطاً عدا القسط الأول للحديث النبوي: «الدين مقضي»[2] فإن كان العقد مقايضة أو صرفاً وجب تسليم المبيع والثمن معاً في وقت واحد.

وعليه، فإن للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن الحالّ، فإن كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً، لزمه تسليم المبيع في الحال. ويسقط حق الحبس بالحوالة بالثمن في رأي أبي يوسف، ولا يسقط حق الحبس إذا قدم المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن؛ لأن الرهن والكفالة لا يسقطان الثمن عن ذمة المشتري.

وحق البائع في المبيع حق عيني يمنحه حق امتياز عليه، فإذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع ودفع الثمن، فالبائع أحق بحبسه إلى أن يستوفي الثمن من تركة المشتري أو يبيعه القاضي.

وليس للمشتري حق حبس الثمن إلا إذا استحق المبيع في يده بالبينة، وفسخ البيع قبل أداء الثمن. وله أيضاً أن يحبس الثمن إذا استحق المبيع قبل قبضه من المشتري، وله حق الفسخ واسترداد الثمن إذا كان قد دفعه للبائع.

(٩٨) - وقال الشافعية والحنابلة[3] : يجبر البائع على تسليم المبيع أولاً، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن؛ لأن حق المشتري في عين المبيع، وحق البائع في الذمة، فيقدم ما يتعلق بالعين. وعليه، ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن؛ لأن التسليم من مقتضيات العقد.

لكن قال الشافعية: للبائع حبس المبيع حتى يقبض الثمن إن خاف فوته، وكذا للمشتري حبس الثمن إن خاف فوت المبيع.

(٩٩) - وأما في عقد الإيجار: فيرى الحنفية والمالكية[4] أن المستأجر يدفع الأجرة

---

(١) المبسوط: ١٢/ ١٩٢، ١٩٥، البدائع: ٥/ ٢٤٤، ٢٥٠، فتح القدير: ٥/ ١٠٩، رد المحتار: ٤/ ٤٣-٤٤، القوانين الفقهية: ص ٢٤٧.

(٢) أخرجه ابن عدي وأصحاب السنن إلا النسائي عن ابن عباس، وفيه ضعيف.

(٣) مغني المحتاج: ٢/ ٧٥، المغني: ٤/ ١٩٨.

(٤) البدائع: ٤/ ٢٠١، ٢٠٤، ٢١١، تبيين الحقائق: ٥/ ١١٠ ومابعدها، تكملة فتح القدير: ٧/ ٢٠٧، المجلة (م ٤٨٢-٤٨٣) بداية المجتهد: /٢٢٦، ٢٣٠، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٤/ ٤، ٢٨، القوانين الفقهية: ص ٢٧٥ وما بعدها، المدونة الكبرى: ٣/ ٤١٤.

أولاً إذا كانت معجلة، ثم يسلم المؤجر العين المؤجرة. وتجب الأجرة وتملك بأحد أمور ثلاثة: اشتراط تعجيلها في العقد، وتعجيلها من غير شرط استيفاء المعقود عليه وهو المنافع شيئاً فشيئاً، ولا تجب الأجرة ولا تملك بنفس العقد، وإنما تلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع، فلا يستحق المؤجر المطالبة بالأجرة إلا تدريجياً يوماً فيوماً؛ لأنه إذا لم يثبت الملك في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر، عملاً بالمساواة التي تقوم عليها العقود.

وللمؤجر الحق في حبس العين المؤجرة في يده أو الامتناع عن تسليم الشيء المؤجر، حتى يستوفي الأجر المعجل، كما أن له الحق في فسخ الإجارة.

وأما في الإجارة على الأعمال: فيستحق الأجير الخاص أجره كما ذكر الحنفية بمجرد تسليم نفسه للخدمة، سواء خدم أو لم يخدم، ويجوز له اشتراط تعجيل الأجر قبل أن يسلم الأجير نفسه للعمل. وأما الأجير المشترك أو العام كالخياط والحمال، فله أن يحبس المستأجر فيه حتى يستوفي أجرته إن كان لعمله أثر ظاهر (أي مجرد ما يعاين ويرى) في العين المؤجرة كالخياط والصباغ، إن لم يشترط تأجيلها. وليس له أن يحبس المستأجر فيه، إن لم يكن لعمله أثر ظاهر فيه كالحمال والملاح. أما المالكية فقالوا: للأجير إذا عمل للناس، سواء أكان عاماً أم خاصاً حبس المستأجر فيه حتى يقبض حقه.

(١٠٠) - **وذهب الشافعية والحنابلة**[1] إلى أن على المؤجر تسليم العين المؤجرة، ثم يسلم المستأجر الأجرة، وتجب الأجرة وتملك بمجرد العقد؛ لأن الإجارة عقد معاوضة، والمعاوضة إذا كانت مطلقة عن الشرط تقتضي الملك في العوضين عقد العقد، كما يملك البائع الثمن بالبيع. وليس للمؤجر حبس العين المؤجرة حتى يستوفي الأجرة.

(١٠١) - **وأما في عقد الوكالة**: فإن الحنفية ذكروا أن للوكيل بالشراء حق حبس المال المشترى في يده إلى أن يقبض الثمن من الموكل، وإن لم يكن قد أعطاه إلى البائع[2].

---

(١) مغني المحتاج: ٢/ ٢٣٤، المهذب: ١/ ٣٩٩، المغني: ٥/ ٤٠٦، غاية المنتهى: ٢/ ١١٦.
(٢) المجلة (م ١٤٩١) مرشد الحيران (م ٩٣٧).

(١٠٢) - وأما في عقد الزواج: فاتفقت المذاهب[١] على أن للمرأة قبل دخول زوجها بها أن تمنع الزوج عن الدخول بها أو عن الانتقال إلى بيت الزوجية، حتى يعطيها جميع المهر المعجل. ويثبت لها أيضاً هذا الحق في حبس نفسها عن زوجها ومنع نفسها من الاستمتاع بها حتى بعد الدخول بها أو الخلوة بها أو الانتقال إلى بيت زوجها. وهذا رأي أبي حنيفة.

أما الصاحبان وبقية الفقهاء فقرروا أنه ليس لها أن تمنع نفسها بعد الدخول بها، حتى تقبض معجل مهرها؛ لأن رضاها بالدخول إسقاط لحقها في طلب المهر، فإذا امتنعت كانت ناشزة، فيسقط حقها في النفقة.

متى يجوز عدم تنفيذ العقد أو ما هي شروط الدفع بعدم التنفيذ؟

(١٠٣) - يشترط للدفع بعدم تنفيذ العقد شرطان[٢]:

١- **أن يكون العقد ملزماً للجانبين**، أي عقد معاوضة: ففي هذا النوع من العقود يمكن التمسك بعدم تنفيذ العقد، أو بالحق في الحبس الذي هو أوسع بكثير من نطاق الدفع بعدم التنفيذ، وأمثلة ذلك: أن للملتقط حق حبس اللقطة عنده بما أنفق عليها، وللغاصب حبس المغصوب حتى يستوفي ما زاده فيه من بناء أو غراس، ولصاحب الملك المشترك أو لصاحب حق العلو إذا انهدم البناء أن يمنع شريكه أو صاحب السفل الذي امتنع من إعادة البناء من الانتفاع ببنائه حتى يؤدي ما يخص حصته من المصروفات[٣].

٢- **أن يكون الالتزام المحبوس أو الممنوع عن الآخر** التزاماً يتأخر تنفيذه عن تنفيذ الالتزام المقابل: فللبائع حبس المبيع لديه حتى يستوفي الثمن، وليس العكس، كما تقدم، وللمؤجر حبس المأجور إلى استيفاء الأجرة إذا كانت الأجرة معجلة.

---

(١) البدائع: ٢/ ٢٨٨-٢٨٩، الشرح الكبير للدردير: ٢/ ٢٩٧ ومابعدها، الشرح الصغير: ٢/ ٤٣٤، القوانين الفقهية: ص ٤٣٤، مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٢ ومابعدها، كشاف القناع: ٥/ ١٨١-١٨٣.

(٢) مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ٢٤١.

(٣) تبيين الحقائق: ٣/ ٣٠٦، ٣٠٨ وما بعدها، ٥/ ٢٣١، المجلة (م ١٢١٦).

آثار الفسخ (أحكامه):

(١٠٤) - تظهر آثار الفسخ في شيئين: انتهاء العقد، وسريانه على الماضي والمستقبل.

١- **انتهاء العقد بالفسخ:** ينتهي العقد بالفسخ، ويكون له آثار فيما بين الطرفين المتعاقدين وبالنسبة لغيرهما.

أولاً- أثر الفسخ فيما بين الطرفين المتعاقدين: يظل العقد قائماً إلى حين الفسخ، وينتج جميع آثاره، فتنتقل مثلاً ملكية المبيع إلى المشتري، وللطرفين إجازة العقد صراحة قبل الفسخ، أو ضمنياً، وحق الفسخ محصور فقط في المتضرر من المتعاقدين دون المتعاقد الآخر.

فإذا فسخ العقد انحل واعتبر كأن لم يكن بالنسبة للطرفين، وتجب إعادة كل شيء إلى ما كان عليه قبل العقد، ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض، سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق أو بحكم الشرع.

(١٠٥) - ثانياً - أثر الفسخ بالنسبة للغير: يصبح العقد بالفسخ بالنسبة لغير المتعاقدين أيضاً كأن لم يكن، إلا أن التصرف في العين للغير من قبل المشتري كالبيع أو الهبة أو الصلح ما نع من حق الفسخ، أي يطهر العين المبيعة من حق الفسخ، فلا يتمكن المشتري الأول أن يفسخ البيع بينه وبين بائعه؛ لأنه قد تعلق بالمبيع حق مالك جديد، أنشأه المشتري نفسه[١].

(١٠٦) - وكذلك للإقالة التي هي عبارة عن فسخ العقد الذي يربط المتعاقدين آثار بالنسبة للعاقدين وبالنسبة إلى الغير، فهي كما تقدم في رأي أبي حنيفة وزفر تعد فسخاً في حق العاقدين، وليست اتفاقاً جديداً، فملكية المبيع لا تنتقل من جديد إلى البائع، بل يعتبر المبيع كأنه لم يخرج أبداً من ملك البائع[٢].

---

(١) عقد البيع للأستاذ مصطفى الزرقاء: ص ١١١.

(٢) البدائع: ٥/ ٣٠٦، فتح القدير: ٥/ ٢٤٧، الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ١٥٤.

وكذلك قال الشافعية والحنابلة: الإقالة فسخ، كالرد بالعيب[١]. أما المالكية والظاهرية فذهبوا إلى أن الإقالة اتفاق أو بيع جديد؛ لإتمامها بتراض جديد بين العاقدين، فيجوز فيها ما يجوز في البيوع، ويحرم منها ما يحرم في البيوع[٢].

وأما أثر الإقالة بالنسبة للغير وهو الشخص الثالث غير العاقدين: فهو أنها ليست فسخاً، بل هي بيع جديد في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف والمالكية والظاهرية؛ لأنها في الواقع مبادلة جديدة، فيأخذ كل واحد من المتعاقدين رأس ماله ببدل، وعلى ذلك تعتبر الملكية بالنسبة للغير أنها انتقلت من جديد إلى البائع بالإقالة، فمن اشترى داراً ولها شفيع، فلم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع، ثم أقال العاقدان البيع، فيثبت للشفيع حق طلب الشفعة ثانياً؛ لأن الإقالة عقد جديد في حقه.

وذهب زفر ومحمد والشافعية وأكثر الحنابلة إلى أن الإقالة بالنسبة للغير فسخ كما هو الشأن بالنسبة للعاقدين؛ لأن الإقالة هي الرفع والإزالة، ولأن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع، فكان الاتفاق فسخاً كالرد بالعيب.

٢- أثر الفسخ في الماضي (الأثر المستند والمقتصر) والمستقبل:

(١٠٧) - للفسخ أثر مستند، أي أثر رجعي منسحب على الماضي، في العقود الفورية كالبيع والمقايضة، فيوجب التراجع فيما نفذ من التزامات، ففسخ البيع يوجب التراد في المبيع والثمن، وكذا انفساخه بهلاك المبيع قبل التسليم يوجب رد الثمن المقبوض؛ لأن الالتزام فيه يصبح بلا سبب. وعلى ذلك لا يمكن طلب الشفعة عند الفسخ.

وينحصر الأثر الرجعي بالعاقدين وورثتهما عند الجمهور غير الحنفية القائلين بانتقال الخيار بالوراثة. أما غير المتعاقدين إذا اكتسب حقاً على العين المبيعة فلا يتأثر برجعية الفسخ، بل يمتنع الفسخ، وتلزم المتعاقدين الصفقة دفعاً للضرر عن الغير[٣].

---

(١) مغني المحتاج: ٢/ ٩٦، المغني: ٤/ ١٢١، غاية المنتهى: ٢/ ٥٢، القواعد لابن رجب: ص٣٧٩-٣٨١.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٧٢، المحلى: ٩/ ٧، الشرح الصغير: ٢/ ٢١٠.

(٣) النظرية العامة للفسخ د: الذنون: ص ٣٦٣.

وأما العقود المستمرة أو عقود المدة التي يستمر تنفيذها مع توالي الزمن كعقد الإيجار أو الشركة، فإن الفسخ يكون مقتصراً، أي ليس له أثر رجعي، وإنما يسري على المستقبل فقط، وما مضى يكون على حكم العقد، فالفسخ أو الانفساخ يقطعان تأثير هذه العقود بالنسبة إلى المستقبل، ويظل ما مضى على حكم العقد. وكذلك انحلال الوكالة بالعزل لا ينقض تصرفات الوكيل السابقة[١].

(١٠٨) - وكذلك للإقالة أثر رجعي كالفسخ، بشرط وجود محل العقد عند الإقالة، ووحدة الزمان، وتطابق الإيجاب والقبول، أي رضا المتقايلين وتوافق الإرادتين؛ لأن الإقالة رفع العقد، والمبيع محله، فإن كان هالكاً كله وقت الإقالة، لم تصح، وإن هلك بعضه، لم تصح الإقالة بقدره، ولأن الإقالة عند الجمهور فسخ العقد، والعقد وقع بتراضي العاقدين، فكذا فسخه، أما قيام الثمن وقت الإقالة فليس بشرط[٢].

(١٠٩) - هذا وقد بحث السيوطي أثر الفسخ بالنسبة للماضي بعنوان: هل يرفع الفسخ العقد من أصله أو من حينه؟ فقال:

١ - فسخ البيع بخيار المجلس أو الشرط: الأصح أنه من حينه.

٢ - الفسخ بخيار العيب والتصرية (ربط ثدي الشاة لتجمع اللبن): الأصح من حينه.

٣ - تلف المبيع قبل القبض: الأصح الانفساخ من حين التلف.

٤ - الفسخ بالتخالف بين البائع والمشتري: الأصح من حينه.

٥ - السلم: يرجع الفسخ إلى عين رأس المال.

٦ - الفسخ بالفلس: من حينه.

٧ - الرجوع في الهبة: من حينه قطعاً.

٨ - فسخ النكاح بأحد العيوب: الأصح من حينه.

---

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء: ف ٣٠٤.

(٢) البدائع: ٣٠٨/٥ ومابعدها، فتح القدير: ٢٥٠/٥ ومابعدها، الدر المختار: ١٥٧/٤.

٩ - الإقالة على القول بأنها فسخ: الأصح من حينه[١].

ويلاحظ أن أغلب حالات الفسخ في رأي الشافعية ليس لها أثر رجعي.

وذكر ابن رجب الحنبلي خلافاً في الفسخ بالعيب المستند إلى مقارن للعقد، هل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه[٢].

وذهب المالكية إلى أن فسخ البيع بسبب العيب إما بحكم الحاكم أو بتراضي المتبايعين رفع للعقد من حينه. وليس له أثر على الماضي، فتكون غلة المردود بعيب للمشتري من وقت عقد البيع وقبض المشتري له، وتثبت الشفعة للشريك بما وقعت به الإقالة[٣].

---

(١) الأشباه والنظائر: ص ٣١٧.

(٢) القواعد: ص ١١٦.

(٣) الشرح الصغير: ١٨٦/٢، ٢١٠.

ملحق

ما اقتبسه القانون المدني المعاصر من الفقه الإسلامي

لا تتبوأ الأمة مكانتها وتنعم بعزتها بغير الاستقلال الكامل المادي والمعنوي الذي لا أثر فيه للتبعية الفكرية والثقافية والقانونية لأية دولة أخرى.

ولا يكمل الاستقلال الوطني ولا تتحقق أو تنمو ذاتية البلد المطلقة ولا تخطو خطوات بنائه نحو التقدم والمستقبل المشرق، محطمة قيود التخلف إلا بالتخلص من كل آثار الاستعمار ورواسبه البعيدة المدى. ومن أولى مهام الحكم المستقل الوطني في سبيل تحقيق تلك الغاية الاعتماد في التقنين في مختلف أنواعه على التراث القومي النابع من البيئة، والمتجاوب مع تطلعات أبناء البلاد وأهدافهم وعقيدتهم.

لقد اعترف الفقيه الكبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري واضع القانون المدني المصري وغيره في البلاد العربية بأن الفقه والقضاء المصري ضيفان على القضاء الفرنسي، ولكن آن للضيف أن يعود إلى بيته، وطالب بتمصير الفقه، وجعله فقهاً مصرياً خالصاً نرى فيه طابع قوميتنا ونحس أثر عقليتنا، ففقهنا حتى اليوم لا يزال يحتله الأجنبي، الاحتلال هنا فرنسي، وهو احتلال ليس بأخف وطأة ولا أقل عنتاً من أي احتلال آخر.

لذلك كانت أمنية من أغلى الأماني العراض وأعزها لدينا أن يصدر قانون مدني

وغير مدني مستمد كله من أحكام الشريعة الإسلامية. قال الدكتور السنهوري[١]: أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني، فلا يزال أمنية من أعز الأماني التي تختلج بها الصدور، وتنطوي عليها الجوانح. ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة، ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن.

ومن بدهي القول إعلان أن الشريعة الإسلامية ذات المصدر السماوي الإلهي المستقل لا تزال شريعة حية صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، أكد ذلك فقهاء القانون في الغرب والشرق، وعمداء الحقوق في البلاد العربية والأجنبية، ومؤتمرات القانون المقارن والمحامين الدولية في العصر الحديث[٢].

قال الدكتور السنهوري[٣]: «ولا أريد الاقتصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب، كالفقيه الألماني كوهلر والأستاذ الإيطالي دلفيشيو والعميد الأمريكي ويجمور وكثيرين غيرهم، يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الإسلامية من مرونة وقابلية للتطور، ويضعونها إلى جانب القانون الروماني والقانون الإنكليزي إحدى الشرائع الأساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم. وقد أشار الأستاذ لا مبير الفقيه الفرنسي المعروف في المؤتمر الدولي للقانون المقارن، الذي انعقد في مدينة لا هاي في سنة (١٩٣٢م) إلى هذا التقدير الكبير للشريعة الإسلامية، الذي بدأ يسود بين فقهاء أوربا وأمريكا في العصر الحاضر.

ولكني أرجع للشريعة نفسها لأثبت صحة ما قررته. ففي هذه الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة، فأحسنت صياغتها، لصنعت منها نظريات ومبادئ لا تقل في

---

(١) راجع كتابه الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: حاشية ص٤٨.

(٢) انظر قرار مؤتمر القانون المقارن في لاهاي سنة ١٩٣٨م، ومؤتمر المحامين الدولي في لاهاي سنة ١٩٤٨، وتوصيات ندوة عمداء كليات الحقوق والقانون والشريعة بالجامعات العربية بجامعة بيروت العربية، عام ١٩٧٣م، وبجامعة بغداد عام ١٩٧٤م، وتوصيات ندوة التشريع الإسلامي في مدينة البيضاء، ليبيا عام ١٩٧٢م، وتوصيات مؤتمر الفقه الإسلامي بالرياض عام ١٩٧٦م.

(٣) بحث الدكتور السنهوري في مجلة نقابة المحامين بدمشق - السنة الأولى - العدد السابع: ص ٥٠٦.

الرقي وفي الشمول وفي مسايرة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث.

وآتي بأمثلة أربعة اضطررت إلى الاقتصار عليها لضيق المقام: يدرك كل مطلع على فقه الغرب أن من أحدث نظرياته في القرن العشرين: نظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية تحمل التبعة، ومسؤولية عديم التمييز. ولكل نظرية من هذه النظريات الأربع أساس في الشريعة الإسلامية لا يحتاج إلا للصياغة والبناء ليقوم على أركان قوية، ويسامت نظريات الفقه الحديث».

وقد أحدثت هذه الصيحة بالاعتراف بالحق دوياً في نفوس واضعي القوانين العربية، ولم يعد مقبولاً بحال ترك مصادرنا الفقهية الإسلامية، وأخذ قانون مترجم ترجمة حرفية عن القانون المدني الفرنسي.

وأثمر هذا الدوي القوي في أفكار القانونيين، فصدر في دنيا العرب قانونان مدنيان مستمدان من الفقه الإسلامي، وهما القانون المدني العراقي عام (١٩٥١م)، والقانون المدني الأردني عام (١٩٧٦م)، وصدر في ليبيا ـ الثورة إلغاء صريح فوري لكل مواد القانون المدني المعارضة للشريعة، وبدئ بوضع قانون جديد مستمد من الفقه الإسلامي، كما بدئ في مصر بوضع مشاريع قوانين مدنية وجزائية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، غير الملتزمة مذهباً فقهياً معيناً، وإنما تأخذ من مجموع أحكام المذاهب الإسلامية ـ السنية والشيعية ما يناسب ظروف العصر، وبدأت لجان منبثقة من قرارات وزراء العدل العرب بوضع قانون مدني وآخر جزائي مستمد من الشريعة الإسلامية منذ عام (١٩٨٠م) وكذا قانون موحد للأحوال الشخصية، وتم إنجاز مشروعات هذه القوانين الثلاثة.

وقد جاء في الأسباب الموجبة للائحة القانون المدني العراقي المكون من ١٣٨٣ مادة ما يلي: إن قواعد القانون المدني العراقي استمدت من مصادر متباينة، فبعضها أخذ من الفقه الإسلامي مباشرة، وبعضها نقل عن الفقه الإسلامي مقنناً في المجلة، والبعض الآخر هو بقية من القوانين العثمانية العتيقة، وهذه القوانين بدورها قد اشتقت أحكامها بوجه خاص من القانون الفرنسي والعرف المحلي.

والكثرة الغالبة من أحكام القانون العراقي قد خرِّجت على الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة دون تقيد بمذهب معين، واستطاع مشروع هذا القانون أن يجد في غير عناء مادة خصبة في الفقه الإسلامي يصوغ منها طائفة العقود المسماة، سواء وقع العقد على الملكية كالبيع والهبة والشركة والقرض، أم وقع على المنفعة كالإيجار والإعارة، أو وقع على العمل كالمقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة.

وجاء في نص البيان الصحفي الذي أعلن به مشروع القانون المدني الأردني سنة ١٩٧٦م المكون من (١٤٤٩) مادة ما يلي:

اعتمدت لجنة واضعيه على المراجع والمصادر التالية:

١ - مجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي بجميع مذاهبه.

٢- التشريعات والقوانين الأردنية المعمول بها.

٣ - مشروع القانون المدني الموجود حالياً في مجلس الأعيان.

٤ - كافة التشريعات والقوانين المعاصرة والمستمدة من الفقه الإسلامي.

وتناول المشروع أحكام المعاملات مستمدة من الفقه الإسلامي بأحكامه الواسعة المتفتحة على الحياة وقواعده المتطورة دائماً مع متطلبات العصر والصالحة للغد ولتبدل الأزمان. وهو مشروع رائد ينتظره العرب والمسلمون بفارغ الصبر، وهو يحقق رغبة طالما تمناها كثير من رجال القضاء والقانون وعلى رأسهم المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري.

ويقع المشروع في نحو (١٤٠) مادة، وتستند كل مادة من مواده إلى مآخذها ونظائرها في القوانين المعاصرة ومرجعها الفقهي في مذكرات إيضاحية تقع في نحو (١٥٠٠) صفحة، وهي شروح وافية لكل مادة وثروة قانونية لقضائنا ورجال القانون.

فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي أو مادة قانونية ينبغي أن تعيش في البيئة التي تطبق فيها والبلد الذي تنفذ فيه، مهما كان مصدرها، لكن يلاحظ أن القانون الأردني وكذا الكويتي لم يجز الفوائد الربوية، على عكس القانون العراقي الذي أباح الاتفاق على الفائدة بنسبة ٧٪.

مدى الاعتماد على الشريعة في القانونين المصري والسوري:

القانون المدني السوري الصادر عام (١٩٤٩م)وأصله القانون المصري الصادر عام (١٩٤٨م) ما يزالان قائمين على أساس من القانون المدني الفرنسي، إلا أنهما جعلا الفقه الإسلامي (م ١/٢) مصدراً رسمياً للقانون يأتي في المرتبة الثانية بعد نصوص القانون في قانوننا السوري (ومثله القانون الجزائري الصادر عام ١٩٧٥) وفي المرتبة الثالثة بعد نصوص القانون والعرف والعادة في القانون المصري.

وفي تقديري أن اعتبار الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً احتياطياً في كلا القانونين ليس له فائدة عملية كبيرة؛ لأن القاضي لا يلجأ إليه إلا إذا استحال عليه الوصول إلى الحكم القانوني من نصوص التشريع، وهذا احتمال نادر، لكنه لا شك يزيد كثيراً في أهمية الشريعة الإسلامية، ويجعل دراستها دراسة عملية في ضوء القانون المقارن أمراً ضرورياً لا من الناحية النظرية الفقهية فحسب، بل كذلك من الناحية العملية التطبيقية.

فكل من الفقيه والقاضي أصبح الآن مطالباً أن يستكمل أحكام القانون المدني، فيما لم يرد فيه نص بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي[١].

ولكن المفيد التعرف على الأحكام التي استمدها القانون المدني السوري (وأصله المصري) من الفقه الإسلامي. وبعض هذه الأحكام هي مبادئ عامة، وبعضها مسائل تفصيلية[٢]:

بعض المبادئ والنظريات العامة المقتبسة من الفقه الإسلامي:

١ - النزعة الموضوعية

٢ - الأهلية، ومسؤولية عديم التمييز

٣ - نظرية التعسف في استعمال الحق

---

(١) الوسيط للسنهوري: ص ٤٨.

(٢) الوسيط للسنهوري: ص ٤٦، ٤٧.

٤ - نظرية الظروف الطارئة

٥ - حوالة الدين

٦ - لا تركة إلا بعد سداد الدين

بعض الأحكام التفصيلية المستقاة من الفقه الإسلامي:

١ - في عقد البيع (أحكام مجلس العقد، البيع بالصفة، تبعة الهلاك في البيع ـ نظرية تحمل التبعة، حق الحبس، الغبن في بيع القاصر، ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق).

٢ - في عقد الإيجار (إيجار الأراضي الزراعية، غرس الأشجار في العين المؤجرة، هلاك الزرع في العين المؤجرة، المزارعة، انقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه للعذر، إيجار الوقف).

٣ - حقوق الارتفاق: (حق العلو والسفل، الحائط المشترك).

٤ - أحكام عقد الهبة ـ شكلاً وموضوعاً (تكوين العقد، محل العقد، الرجوع في الهبة).

٥ - تصرف المريض مرض الموت.

٦ - أحكام متفرقة (مدة التقادم، الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده).

بيان أهم المبادئ والنظريات المقتبسة من الفقه الإسلامي:

١- النزعة الموضوعية:

أخذ القانونان المصري والسوري بالنزعة الموضوعية التي تخللت كثيراً من النصوص[1]. وهذه هي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية، آثرها التقنين على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية، وجعل الفقه الإسلامي عمدته في الترجيح. فأخذ بالإرادة الظاهرة وبالموضوعية معاً، ولكن بقدر متفاوت، إذ أقلَّ من الأخذ بالإرادة الظاهرة، وأكثر من الأخذ بالموضوعية، إلى حد أنه حينما كان في

---

(١) الوسيط للسنهوري: ص ٤٧، ٩٣، ٩٦.

بعض المسائل يتخذ معايير ذاتية لم يتخذها ذاتية محضة، بل رسم لها ضوابط موضوعية ليضفي عليها شيئاً من الثبات والاستقرار.

ومن أمثلة المعايير الموضوعية (عناية الشخص المعتاد) أي أن الشخص مطالب بأن يبذل من العناية في حفظ مال الغير كالوديعة مثلاً ما يبذله عادة في حفظ ماله الخاص.

انظر القانون المدني السوري (المواد ١/ ٢١٢ في الالتزام بعمل، ٢/ ٤٨٩ في آثار الشركة، ١/ ٥٥١ في استعمال العين المؤجرة، ١/ ٦٠٧ التزام المستعير، ١/ ٦٥١ التزام العامل، ٢/ ٦٧٠ التزام الوكيل، ٦٨٦ التزام الوديع، ١/ ٧٠٠ التزام الحارس، ١/ ١٩٣ التزام الفضولي، ١/ ١٣٠ إبطال العقد بسبب الغبن، ١٤٧ انتقال الالتزام إلى الخلف الخاص، ١٧٩ مسؤولية حارس الأشياء، ٢٢٢ تعويض الضرر، ١/ ٤١٥ التزام البائع بضمان العيوب الخفية، ١/ ٥٨٠ استغلال المستأجر الأراضي الزراعية).

وهذا المعيار الموضوعي مقرر في الفقه الإسلامي في الأحوال السابقة، فقد قرر فقهاؤنا أنه يجب على الأمين أن يحفظ الأمانة، كما يحفظ ماله على النحو الذي جرت به عادة الناس في كيفية حفظ أموالهم[١].

أما الفقه الإسلامي فيقرر مسؤولية الصبي غير المميز والمجنون مطلقاً عن الإتلافات، قال الحنفية: «الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله، فيضمن ما أتلفه من المال»[٢] «لو أن طفلاً ابن يوم انقلب على قارورة فكسرها، لزمه الضمان»[٣] وقال المالكية: «إن تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس، إنما باختلاف البلاد والأزمان»[٤].

ونصت المجلة على ذلك فيما يأتي: «....يلزم الضمان على الصبي إذا أتلف مال

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٣٠٧، وانظر كتابنا نظرية الضمان: ص ١٧٧-١٨٣.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٧٨، درر الحكام: ٢/ ٢٧٣.

(٣) مجمع الضمانات: ص ١٤٦-١٥٤، ١٦١، ١٦٥، جامع الفصولين: ٢/ ١١٣، ١٢٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٩٩.

(٤) الفروق للقرافي: ٤/ ٣١.

الغير، وإن كان غير مميز» (م ٩٦٠): «إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره، ولا يضمن وليه» (م٩١٦) (م ٩١٢).

ولكن لا يكون غير المميز مسؤولاً مسؤولية جنائية عن حوادث القتل، فلا ينفَّذ في حقه القصاص، وإنما يقتصر على تعزيره بالحبس أو بالتوبيخ ونحوهما.

٢- أحكام الأهلية ومسؤولية عديم التمييز:

إن أحكام الأهلية (المواد ٤٦-٥٠، ١٠٩-١٢٩) مستمدة من الفقه الإسلامي(١)، سواء فيما يتعلق بأهلية التملك أو بمباشرة التصرفات والعقود، ووجود الحاجة أحياناً إلى النائب الشرعي عن الغير، والحكم ببطلان التصرف بسبب انعدام الأهلية، إلا أن القانون في حالة وجود عيب من عيوب الرضا كالإكراه والتدليس والغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال، أي أن العقد قائم وموجود، لكنه عرضة للإبطال من طريق القاضي بناء على طلب صاحب المصلحة في حماية حقه الخاص. وأما في الفقه فيسمى العقد حينئذ غير لازم أي يجوز فسخه من صاحب الحق بمحض إرادته من غير قضاء إلا في حالة وجود التدليس المتضمن إخفاء عيب (خيار العيب) فيحتاج إلى القضاء لتقدير وجود العيب. وقد يسمى العقد المعيب بعيب (كما في حالة الإكراه) غير نافذ أو موقوفاً على الإجازة كما في حالة تجاوز العاقد حدود النيابة المتعارف عليها، إلا أن العقد الموقوف لا ينتج أي أثر، أما العقد القابل للإبطال فهوعقد صحيح منتج لآثاره.

وكذلك أخذ القانون المدني بمبدأ مسؤولية عديم التمييز عن أعماله غير المشروعة التي تسبب ضرراً للغير، مسايرة لمبادئ الشريعة الإسلامية التي توجب تعويض الضرر الواقع باعتباره واقعة مادية، ولو لم يتوفر عنصر الخطأ أحد أركان المسؤولية المدنية التقصيرية، وهو ما تقرره نظرية تحمل التبعة التي لا تقيم المسؤولية على أساس فكرة الخطأ، وإنما تكتفي بمراعاة مبدأ «الغرم بالغنم». وقد

---

(١) نظرية العقد للسنهوري: ١/ ٣٢٢ ومابعدها.

نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة (٢/ ١٦٥): «ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكنْ هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعياً في ذلك مركز الخصوم» أي أن هذه المسؤولية لغير المميز تتميز بأنها مشروطة، ومسؤولية مخففة أي في حدود التعويض العادل[1].

وبهذا يكون ولي القاصر بصفة عامة هو المسؤول عن عمل القاصر أو المجنون على أساس الخطأ المفترض أو التقصير في الرقابة (راجع المادة ١٧٤).

وسألقي الضوء إجمالاً على هذه المبادئ والنظريات والأحكام التفصيلية المستمدة من الفقه الإسلامي، تاركاً الشرح لفقهاء القانون المدني الذين يبينون عادة منشأ هذه الأحكام، وموطن استمداد المشرع لها.

٣- نظرية التعسف في استعمال الحق:

ليس حق الملكية حقاً مطلقاً، وإنما هو مقيد بعدم إلحاق الضرر بالغير، فإذا ترتب على استعمال الحق إحداث ضرر بالغير نتيجة إساءة استعمال هذا الحق، كان محدث الضرر مسؤولاً.

ونص القانون المدني السوري على هذا المبدأ في المادتين (٥، ٦) «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر» (م٥).

يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

«أ ـ إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر».

ج ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة (م٦) وقد حرص واضعو القانون ـ لدى صياغة النص الذي أورد في هذه النظرية ـ على الاستفادة من

---

(١) الوسيط للسنهوري: ص ٦٣، النظرية العامة للالتزام للدكتور وحيد سوار: ٢/ ٧٠.

القواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي[١] ومن أهمها: «تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره» فهذه القاعدة أساس واضح لنظرية منع التعسف في استعمال الحق، وهي القاعدة المنظمة لحقوق الجوار[٢].

أما نص المادة(٥) فمأخوذ من المبدأ المقرر في الشريعة المعبر عنه في القاعدة الفقهية الكلية القائلة: (الجواز الشرعي ينافي الضمان) أي أن الفعل المباح شرعاً لا يستوجب الضمان أو تعويض الضرر الذي قد يحدث.

وأما نص المادة(٦) فمستمد من حيث المبدأ من الحديث النبوي المتقدم: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» الذي يقضي بمنع الضرر في حالتين:

الأولى ـ استعمال الحق بقصد الإضرار.

الثانية ـ أن يترتب على استعمال الحق المشروع إضرار الآخرين، سواء أكان الاستعمال على وجه معتاد، أم على غير الوجه المعتاد.

وفي كلتا الحالتين توجب قواعد الإسلام إزالة الضرر عيناً، سواء أكان مادياً أم معنوياً؛ لأن الراجح أن المنافع أموال متقومة، فإن تعذر ذلك يجب الحكم بتعويض مالي عادل لرفع آثار الضرر ومنع بقائه أو تجدده في المستقبل.

ويلاحظ أن القانون قصر التعسف على حالات الاستعمال غيرالمشروع[٣].

أما الحالة الأولى قانوناً فتقابل الحالة الأولى المفهومة من الحديث، والحالة الثانية تقابل الحالة الثانية المأخوذة من الحديث، وتتفق مع ما أخذت به المجلة (المادة ١٩، ٢٠) ويقتضيه الاستحسان الفقهي. وأما الحالة الثالثة في القانون فهي مستقاة من مجموع ما تقرره المذاهب الإسلامية وتقتضيه روح التشريع الإسلامي في محاربة الأعمال غير المشروعة، أو المعاصي والمنكرات الضارة بمصلحة المجتمع، وأنه يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام ونحو ذلك من كل ما يجعل للحق صلة اجتماعية في الإسلام.

---

(١) الوسيط للسنهوري: ١/٨٣٦، النظرية العامة للالتزام للدكتور سوار: ص ٩٦، الحقوق العينية الأصلية للدكتور سوار: ص ٣١١.

(٢) راجع تطبيقات القاعدة في نظرية الضمان للمؤلف: ص ٢٠٧.

(٣) راجع كتابنا نظرية الضمان: ص ٥٣ ومابعدها.

وقد ذكرت المادة (١١٩٩) من المجلة مبدأ نظرية التعسف: لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشاً، كما يأتي تفصيله في الفصل الثان وفي هذا الفصل وضع معيار الضرر الفاحش (في المادة ١١٩٩) وفي المادة (١٢٠٠) ذكرت أمثلة عديدة عن الأضرار.

٤- نظرية الظروف الطارئة:

لقد نشأت هذه النظرية في نطاق القضاء الإداري، ثم تسللت إلى ميدان الحقوق الخاصة. وهي في أصلها تقوم على فكرة إسعاف المتعاقد المنكوب الذي اختل توازن عقده اقتصادياً مما قد يجره إلى الهلاك، فهي تهدف إلى تحقيق العدالة في العقود ورفع الغبن منها[١]. والمصدر الأساسي لهذه النظرية هو مبدأ العدالة الذي يقضي بإزالة الإرهاق عن المدين، بسبب ظرف طارئ، لم يكن يتوقعه عند إبرام العقد[٢].

وأخذ بهذه النظرية القانون المدني السوري، فنص في المادة (١/١٤٨) على ما يلي: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون».

وأردفتها الفقرة الثانية من هذه المادة، فقررت «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

النص الثاني يدل على أنه، وإن كان الأصل العام في القواعد المدنية التقليدية شريعةالمتعاقدين (أو أن المتعاقد عبد عقده)، وأنه ليس للقاضي أن يعدل في العقد، فإن وجود الظرف الطارئ يجيز للقاضي إجراء هذا التعديل.

---

(١) راجع كتابنا نظرية الضرورة الشرعية: ص ٣١٠ ومابعدها.

(٢) نظرية الظروف الطارئة للدكتور الترمانيني: ص ١٠٦.

وبهذا النص قيد القانون من سلطان الإرادة عند تنفيذ العقد، فجعل نظرية الحوادث الطارئة وقت هذا التنفيذ تقابل نظريتي الاستغلال والإذعان وقت تكوين العقد.

أخذ القانون المدني بهذه النظرية استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي ـ كما قال الدكتور السنهوري(١) نظرية فسيحة المدى، خصبة النتائج، تتسع لنظرية الظروف الطارئة؛ لأن الضرورة توجب إزالة الضرر، ولها تطبيقات كثيرة منها نظرية العذر في فسخ الإيجار، وإنقاص الثمن بسبب الجوائح في بيع الثمار.

أما فسخ الإجارة بالأعذار، فقد أجازه فقهاء الحنفية كما تقدم، فقالوا: تفسخ الإجارة بالأعذار؛ لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد. والعذر: هو كل ما يكون أمراً عارضاً، يتضرر به العاقد في نفسه أو ماله مع بقاء العقد، ولا يندفع بدون الفسخ. والأعذار ثلاثة أنواع(٢):

أ ـ عذر من جانب المستأجر: كإفلاسه أو انتقاله من حرفة إلى أخرى؛ لأن المفلس أو المنتقل من عمل لا ينتفع به إلا بضرر، فلا يجبر على البقاء في الحرفة الأولى مثلاً.

ب ـ عذر من جانب المؤجر: كأن يلحقه دين فادح لا يجد طريقاً لوفائه إلا ببيع الشيء المأجور وأدائه من ثمنه، بشرط أن يثبت الدين بالبينة أو الإقرار.

ج ـ عذر راجع للعين المؤجرة أو الشيء المأجور: كأن يستأجر شخص حماماً في قرية ليستغله مدة معلومة، ثم يهاجر أهل القرية، فلا يجب عليه الأجر للمؤجر. ومثل استئجار مرضع لإرضاع طفل، ثم يأبى الصبي لبنها، أو إمساك الثدي، أو

---

(١) الوسيط: ص ٤٧، ٨١، نظرية العقد: ٩٦٩/١، مصادر الحق: ٩٦/٦، مجلة القانون والاقتصاد عام ١٩٣٦، السنة السادسة، للسنهوري.

(٢) المبسوط للسرخسي: ١٦/٢، مختصر الطحاوي: ص ١٣٠، البدائع: ١٩٧/٤، الفتاوى الهندية: ١٩٨/٤، ٤٥٨، ٤٦٣، تبيين الحقائق: ١٤٥/٥، رد المحتار: ٥٥/٥.

تمرض هي، أو يريد أهل الصبي السفر، فامتنعت، كان هذا عذراً في فسخ الإجارة.

وأما إنقاص الثمن بسبب الجوائح[1] في بيع الثمار: فقد قرره فقهاء المالكية والحنابلة[2]؛ لأن «النبي ﷺ وضع الجوائح» أو «أمر بوضع الجوائح» وفي رواية: «إن بعت من أخيك تمراً فأصابتها جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»[3].

ومجمل القول: إن فسخ الإجارة بالأعذار، وإنقاص الثمن بالجوائح في بيع الثمار ونحوهما من الحوادث الطارئة عند فقهاء الإسلام مثل كساد الأوراق النقدية، أو انقطاعها المستوجب لبطلان البيع، تعتبر أمثلة حية لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، تطبيقاً لمبدأ العدالة، ومراعاة لما يجب من توفر التعادل والتوازن في الالتزامات وتنفيذها[4].

٥- حوالة الدين:

أخذ القانون المدني (في المواد ٣١٥-٣٢١) بمبدأ حوالة الدين جرياً على سنن التقنينات الحديثةوالفقه الإسلامي الذي نظم حوالة الدين تنظيماً محكماً دقيقاً[5].

وتتم حوالة الدين قانوناًإما باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين، دون حاجة إلى قبول الدائن، وإما باتفاق بين الدائن وشخص آخر يتحمل قبله الدين من دون حاجة إلى قبول المدين. فإذا تمت الحوالة، جاز للمدين الجديد أن يتمسك

---

(١) الجوائح: ي الآفات التي تصيب الثمار، فتهلكها، مثل البرد والقحط والعطش والعفن وأمراض النباتات والزرع ونحوها من الآفات السماوية.

(٢) بداية المجتهد: ٢/ ١٨٤، القوانين الفقهية: ص ٢٦٢، المنتقى على الموطأ: ٤/ ٢٣١، الشرح الكبير للدردير: ، المغني: ٤/ ١٠٤، أعلام الموقعين: ٢/ ٣٣٧ ومابعدها.

(٣) الحديث الأول رواه أحمد والنسائي وأبو داود عن جابر، والأمر بوضع الجوائح رواية مسلم، والرواية الثالثة عند مسلم وأبي داود والنسائي وابن ماجه (نيل الأوطار: ٥/ ١٧٨، موطأ مالك: ٣/ ١٢٦، سنن أبي داود: ٢/ ٢٤٨).

(٤) كتابنا نظرية الضرورة الشرعية: ص ٣٢٤.

(٥) الوسيط للسنهوري: ص ٦١.

قِبل الدائن بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها، ويضمن المدين الأصلي للدائن أن يكون المدين الجديد موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة.

ولم يجز التشريع الروماني حوالة الدين وحوالة الحق، لتأثره بالنظرية الشخصية في طبيعة الالتزام، ومقتضاها أن لأحد الطرفين سلطة شخصية على الآخر، يحق للدائن بموجبها إجبار المدين على إيفاء دينه بالإكراه البدني كالحبس والمضايقة.

ثم اتجه التشريع الألماني إلى الأخذ بالنظرية المادية التي تعتبر الالتزام علاقة مادية بحتة، فلا تجيز الإجبار، وإنما يبحث الدائن عن مال المدين، فإن عثر عليه، أمكن استيفاء الحق منه بواسطة القضاء.

أما التشريع الإسلامي، فإنه جعل الالتزام في ذاته علاقة مادية إما بمال المكلف كما في المدين، وإما بعمله كما في الأجير، ولكن يرافق هذا الالتزام سلطة شخصية تأييداً لتنفيذه، منعاً من قيام المكلف بإخفاء ماله، أو امتناعه عن عمله. ويجوز للقاضي الحكم بحبس المدين أو الأجير تعزيراً بناءً على طلب الدائن، ليحمله على الوفاء بالتزامه. ولا يجوز للدائن أن يمارس شيئاً من هذه الضغوط على المدين بسلطته الشخصية وإنما من طريق القضاء[١].

والتقنين المدني المصري والسوري وقف موقف الاعتدال في النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام، فلم يغرق في الأخذ بالمذهب المادي، ولكنه من جهة أخرى سجل ما تم فعلاً من تطور نحو هذا المذهب بحكم تأثر النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية[٢]. وهذا هو اتجاه الفقه الإسلامي.

وحوالة الدين عند فقهاء الحنفية: هي نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم[٣]. وعرفها غير فقهاء الحنفية بأنها عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة[٤]. فالحوالة عند الحنفية يترتب عليها براءة مؤقتة من الدين، ويجوز للمحال العودة إلى

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي للأستاذ الزرقاء: ص ٥٥/ ف٢٨.
(٢) الوسيط للسنهوري: ص ٢٨.
(٣) فتح القدير مع العناية: ٥/ ٤٤٣، الدر المختار: ٤/ ٣٠٠، مجمع الضمانات: ص ٢٨٢.
(٤) الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٣٢٥، مغني المحتاج: ٢/ ١٩٣، المغني: ٤/ ٥٢٨.

مطالبة المحيل بالدين في حال إفلاس المحال عليه في رأي صاحبي أبي حنيفة، أوفي حال موت المحال عليه مفلساً، أوعند جحوده أو إنكاره الحوالة. وعند غير الحنفية يبرأ المحيل براءة نهائية بالحوالة، إلا إذا وجد تغرير كالإحالة على مفلس، فيجوز عند المالكية الرجوع على المحيل. كما يجوز الرجوع عندهم حال اشتراط يسار المحال عليه.

وتنعقد الحوالة عند الحنفية: بإيجاب وقبول، إيجاب من المحيل، وقبول من المحال والمحال عليه، أي أنه لا بد من رضا المحيل والمحال عليه. أما رضا المحيل فمطلوب؛ لأن ذوي المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين. وأما رضا المحال فلا بد منه، لأن الدين حقه، وهو في ذمة المحيل، والدين هو الذي ينتقل بالحوالة، والذمم متفاوتة في حسن القضاء والمطل، فلا بد من رضاه، وإلا لزم الضرر بإلزامه اتباع من لا يوفيه.

وأما رضا المحال عليه فضروري لأنه الذي يلزمه الدين، ولا لزوم إلا بالتزامه، وكونه مديناً لا يمنع من تغير صفة الالتزام؛ لأن الناس يتفاوتون في اقتضاء الدين سهولة ويسراً، أو صعوبة وعسراً.

وقال الحنابلة والظاهرية: يشترط رضا المحيل فقط، وأما المحال والمحال عليه فيلزمهما قبول الحوالة، عملاً بالأمر الوارد في الحديث النبوي المفيد للوجوب، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «مطل الغني ظلم، وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتْبَع»[1] وفي رواية: «ومن أحيل على مليء فليحتل».

وقال المالكية في المشهور عندهم، والشافعية في الأصح عندهم: يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال فقط؛ لأن للمحيل إيفاء الحق من حيث شاء، فلا يلزم بجهة معينة. وحق المحال في ذمة المحيل، فلا ينتقل إلا برضاه؛ لأن الذمم تتفاوت في الأداء والقضاء.

ولايشترط عند هؤلاء رضا المحال عليه، لأنه محل الحق والتصرف، ولأن

---

(١) المطل بالدين: المماطلة به، والمليء: الغني، وأصله الواسع الطويل، والحديث رواه الجماعة عن أبي هريرة. والرواية الثانية «فليحتل» عند أحمد (نيل الأوطار: ٥/ ٢٣٦).

الحق للمحيل فله أن يستوفيه بغيره، والأمر هو مجرد تفويض بالقبض فلا يعتبر رضا من عليه، كما لو وكل إنسان غيره بقبض دينه[١].

والخلاصة: أن رضا المحيل مشروط في كل المذاهب، وأما رضا المحال والمحال عليه، ففيه اختلاف اجتهادي بين المذاهب.

نوعا الحوالة:

الحوالة نوعان متميزان بحسب صفة المحيل، فإن كان المحيل هو الدائن فهي حوالة حق، وإن كان المحيل هو المدين فهي حوالة دين.

حوالة الحق: هي نقل الحق من دائن إلى دائن، أو حلول دائن محل دائن بالنسبة للمدين. فإذا تبدل دائن بدائن في حق مالي متعلق بالذمة، لا بعين، كانت الحوالة حوالة حق. والدائن فيها هو المحيل، إذ هو يحيل غيره ليستوفي حقه.

وحوالة الدين: هي تبدل المدين بالنسبة للدائن أي تبدل مدين بمدين، والمحيل فيها هو المدين، إذ هو إنما يحيل على غيره لوفاء دينه، وهي مشروعة باتفاق العلماء، عملاً بالحديث النبوي المار ذكره.

وحوالة الحق جائزة أيضاً باتفاق المذاهب الأربعة، وليس فقط عند غير الحنفية، كما فهم بعض أساتذة القانون والشريعة[٢]؛ لأن حوالة الدين عند الحنفية والشيعة نوعان: مطلقة ومقيدة. وأما غير الحنفية فلم يتصوروا غير الحوالة المقيدة.

أما الحوالة المطلقة: فهي أن يحيل شخص غيره بالدين على فلان، ولا يقيده بالدين الذي عليه، ويقبل المحال عليه. نصت المادة (٦٧٩) من المجلة على ذلك بقولها: «الحوالة المطلقة: هي التي لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذي هو عند المحال عليه».

وأما الحوالة المقيدة: فهي أن يحيل شخص غيره على آخر، ليستوفي منه دينه، ويقيده بالدين الذي له عليه. جاء في المادة (٦٧٨) من المجلة: «الحوالة المقيدة:

---

(١) سيأتي تفصيل القول في بحث الحوالة.

(٢) انظر الوسيط للسنهوري: ص ٦١، ٦٤.

هي الحوالة التي قيدت بأن تعطى من مال المحيل الذي هو في ذمة المحال عليه، و في يده».

والحوالة المقيدة المشروعة باتفاق الفقهاء تتضمن حوالة حق، إذ يكون الإنسان فيها مديناً لشخص، ودائناً لآخر، فيحيل دائنه على مدينه ليقبض ذلك الدائن المحال دين المحيل من مدينه المحال عليه، فهي حوالة حق ودين في وقت واحد.

أما الحوالة المطلقة فهي حوالة دين فقط، إذ يحيل بها المدين دائنه على آخر، فيتبدل فيها المدين، ويبقى الدائن هو نفسه.

ومن صور حوالة الحق ضمن الحوالة المقيدة: أن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن، ويحيل المرتهن على الراهن بالدين، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر. ويحيل صاحب الحق في ريع الوقف دائنه على ناظر الوقف في حقه من الغلة بعد حصولها في يد الناظر. ويحيل الغانم حقه من الغنيمة المحرزة على الإمام. ففي كل هذه الأمثلة حل دائن جديد ـ وهو المحال ـ محل الدائن الأصلي، وهو البائع، أو المرتهن، أو الزوجة، أو مستحق غلة الوقف، أو الغانم.

هذا ويرجع في أحكام الحوالة الأخرى من أهلية وتنظيم علاقات أطراف الحوالة إلى كتب الفقه الإسلامي، فهي غنية بالمراد.

٦- لا تركة إلا بعد سداد الدين:

وضع التقنين المدني السوري وأصله المصري نظاماً لتصفية التركة مؤلفاً من (٣٩) مادة (المواد ٨٣٦-٨٧٥) مستمداً من أحكام الفقه الإسلامي[١]، حتى يتسلم الورثة تركة المتوفى خالية من الديون، ما دامت التركة لاتنتقل إليهم إلا بعد سدادها[٢].

وأصل هذه القاعدة الأول ما تضمنته آيات المواريث في أربعة مواطن في الآيتين (١١-١٢) من سورة النساء: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ أي أن توزيع الإرث

(١) الوسيط للسنهوري: ص٦٢، مصادر الحق للسنهوري: ٥/ ٨٧.
(٢) ونص قانون الأحوال الشخصية السوري الجديد على نظام المواريث في المواد ٢٦٠-٣٠٨.

بين المستحقين على النحو الذي وضعه القرآن الكريم يكون عقب إيفاء الديون المتعلقة بالتركة، وتنفيذ الوصايا المشروعة.

وقد رتب الفقهاء الحقوق المتعلقة بالتركة على النحو التالي[(١)]:

١ - نفقات التكفين والتجهيز للدفن بلا تبذير ولا تقتير.

٢ - قضاء ديون المدين من جميع مال التركة.

٣ - تنفيذ الوصايا الموصى بها قبل الموت من ثلث التركة.

٤ - توزيع الباقي من المال بين الورثة الذين ثبت إرثهم بالقرآن والسنة وإجماع الأمة.

أما قانون الأحوال الشخصية السوري، فإنه عدل عن هذا الترتيب إلى ما ذهب إليه الإمام أحمد بن حنبل والظاهرية وجماعة كما نصت المادة (٢٦٢):

١ - يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتي:

أ ـ ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن بالقدر المشروع.

ب ـ ديون الميت.

جـ ـ الوصية الواجبة.

د ـ الوصية الاختيارية.

هـ ـ المواريث بحسب ترتيبها في هذا القانون.

٢ - إذا لم توجد ورثة قضي من التركة بالترتيب الآتي:

أ ـ استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره.

ب ـ ما أوصي به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية.

٣ - إذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة، أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة، وبما أن قانون الأحوال الشخصية هو المعمول به في سورية، فتطبق على

(١) شرح السراجية: ص ٣-٧، نظام المواريث للشيخ عبد العظيم فياض: ص ٣٨ ومابعدها، أحكام المواريث للشيخ عيسوي: ص ١١ ومابعدها.

التركة أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتعيين الورثة، وتقدير أنصبتهم، وبيان وقت انتقال التركة إلى الورثة. وقد أخذ التقنين المدني فيما نص عليه بالمبادئ الأساسية المعمول بها في الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة وذلك في انتقال أموال التركة إلى الورثة، وفي حق الورثة في التصرف في هذه الأموال، وفي حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون، فنصت المادة (٨٣٦) من القانون المدني على ذلك: «أ ـ تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأن الإرث والانتقال».

لكن متى يتم انتقال التركة إلى الورثة؟ هل يكون وقت موت المورث، أو تبقى التركة على ملك الميت حتى تسدد الديون؟

أخذ التقنين المدني بالمبدأ الفقهي الإسلامي الذي يقرر أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث، مع تعلق حقوق الدائنين بها، فتنتقل هذه الأموال مثقلة بحق عيني هو أقرب إلى أن يكون حق رهن، ولكنه رهن مصدره القانون[1]. وهذا هو مذهب الشافعية.

وللفقهاء آراء ثلاثة في هذا الموضوع **أي تحديد وقت انتقال التركة إلى الورثة** أو بيان المراد من (لا تركة إلا بعد سداد الدين).

الرأي الأول للمالكية: تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين، سواء أكان الدين مستغرقاً للتركة، أم لم يكن مستغرقاً لها، عملاً بقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ٤/١١]. وعليه يكون نماء أعيان التركة بزيادتها المتولدة منها ملكاً للميت، كما أن نفقات أعيان التركة من حفظ وصيانة ومصروفات حمل ونقل وطعام حيوان تكون على التركة.

الرأي الثاني للشافعية، والحنابلة (في أشهر الروايتين): تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث، مع تعلق الدين بها، كما يتعلق الرهن، سواء أكان الدين مستغرقاً للتركة أم غير مستغرق لها. وعليه يكون نماء أعيان التركة للورثة،

(١) مصادر الحق للسنهوري: ٥/٨٨، ط ثالثة.

وعليهم ما تحتاجه من نفقات، عملاً بالحديث النبوي: «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته».

الرأي الثالث للحنفية: يميز بين ما إذا كانت مستغرقة بالدين، أو كانت غير مستغرقة (أي محاطة) بالدين. فإذا استغرق الدين أموال التركة، تبقى أموال التركة على ملك الميت، ولا تنتقل إلى ملك الورثة. وأما إن كان الدين غير مستغرق، فالرأي الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال.

فالاحتمال الأول من مذهب الحنفية يوافق مذهب المالكية، والاحتمال الثاني يوافق مذهبي الشافعية والحنابلة.

وأما تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الدين: فإنه يجوز في القانون المدني، ولكن التصرف خاضع لحقوق الدائنين، فلهم تتبع العين المتصرف فيها في يد الغير، بعد تأشيرهم بالدين أمام اسم المورث في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين، وإخضاع التركة لنظام التصفية المنصوص عليه في القانون، يقوم مقام التأشير بالدين.

وللفقهاء آراء في تصرف الورثة:

قال الحنفية والشافعية، والمالكية (في رأي عندهم): يكون تصرف الوارث في أموال التركة المدينة باطلاً. والرأي الثاني عند المالكية يجيز تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين إذا لم يتضرر الدائن به.

وقال الحنابلة (في أشهر الروايتين): يصح تصرف الورثة في التركة قبل سداد الدين، ولزمهم أداء الدين، فإن أدوه نفذ، وإن لم يؤدوه فسخ.

بيان بعض الأحكام المأخوذة من الفقه الإسلامي:

أخذ التقنين المدني السوري والمصري طائفة من الأحكام من الفقه الإسلامي، دون تقيد بمذهب معين، وهذا صنيع حسن، إذ الأخذ بأي مذهب إسلامي أفضل بكثير من أخذه من أي مصدر أجنبي. وسأذكر بعض هذه الأحكام:

أولاً ــ في عقد البيع:

وردت أحكام كثيرة في تنظيم عقد البيع في التقنين المدني مستمدة من الفقه الإسلامي، منها:

١- أحكام مجلس العقد:

نصت المادة (٩٥) على ما يلي: «١ - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التلفون أو بأي طريق مماثل.

٢ - ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدرقبل أن ينفض مجلس العقد».

دلت هذه المادة على أحكام تتعلق بمجلس العقد: وهي جواز الرجوع عن الإيجاب الموجه قبل صدور القبول الفوري من القابل. ولا يشترط القبول الفوري، وإنما يكفي حدوثه ما دام مجلس العقد قائماً بأن لم يحدث إعراض عنه أو انشغال بغيره. وهذه الأحكام تتفق مع ما عرفناه من مذهب الحنفية في تكوين العقد.

قال الدكتور السنهوري: ولا شك في أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً عملياً معقولاً، ولم تعد الفورية في القبول لازمة، بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدان بغير العقد، ويبقى فيها الموجب على إيجابه. وهذا هو في نظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامي في مجلس العقد[١].

٢- البيع بالصفة أو بالعينة (النموذج):

أجاز القانون المدني البيع بالصفة، إذا ذكرت أوصاف المبيع الأساسية، فنصت

(١) الوسيط للسنهوري: ص ٢١٥.

المادة (٣٨٧) على ما يلي: «١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً. ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه». ونصت المادة (٣٨٨) على جواز البيع بالنموذج: «إذا كان البيع (بالعينة) وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها».

وهذا مأخوذ من الفقه الإسلامي الذي يشترط أن يكون محل العقد معروفاً لطرفيه ومعيناً، بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى الغرر والنزاع بين المتعاقدين. وهذا شرط متفق عليه بين الفقهاء[١].

وتحصل المعرفة برؤية المبيع حال العقد، أو رؤية بعضه (رؤية النموذج) أو بيان أوصافه الأساسية. وقد أجاز البيع بالصفة فقهاء الحنفية والمالكية، والشافعية (في الأظهر) والظاهرية، والزيدية والإمامية وفي قول عند الإباضية[٢].

جاء في المادة (٣٢٠) من المجلة: «من اشترى شيئاً ولم يره، كان له الخيار إلى أن يراه، فإذا رآه: إن شاء قبله، وإن شاء فسخ البيع، ويقال لهذا الخيار: خيار الرؤية».

وفي المادة (٣٢٤): «الأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج منها فقط».

ويثبت للمشتري عند فقهائنا حق خيار الوصف بعد رؤية المبيع، فإن شاء أنفذ البيع، وإن شاء رده، سواء أكان موافقاً للصفة أم لا، وهذا لا يتفق مع القانون. وقال المالكية ورأيهم هو المتفق مع القانون[٣]: إذا جاء المبيع على الصفة صار العقد لازماً. لكن القانون على الرغم من محاولته التوفيق بين خيار الرؤية المقرر في الشريعة وبين مبادئ القانون العامة، فقد خالف الفقه الحنفي في الاكتفاء بوصف

---

(١) الأموال ونظرية العقد في الفقه لأستاذنا الدكتور محمد يوسف موسى: ص٣١١ ومابعدها.

(٢) سيأتي مزيد بحث لذاك في عقد البيع.

(٣) قال فقهاء القانون: البيع بالعينة: هو بيع بات من الوقت الذي اتفق فيه المتعاقدان على النموذج الذي تم البيع على أساسه، راجع العقود المسماة للدكتور عبد المنعم البدراوي: ص ١٦١، ط أولى.

المبيع وصفاً كافياً، وفي إسقاط حق المشتري إذا ذكر أنه عالم بالمبيع، وفي حصر حق المشتري بإبطال البيع عن طريق القاضي، لا فسخه بدون تقاض أو تراض.

٣- تبعة هلاك المبيع:

يتحمل البائع تبعة هلاك المبيع إذا كان الهلاك بسبب أجنبي لا يد للبائع فيه. وينفسخ البيع حالة الهلاك الكلي. ويجوز للمشتري طلب فسخ البيع حالة الهلاك الجزئي. وهذا هو المنصوص عليه في المادتين (٤٠٥، ٤٠٦) من القانون المدني.

نصت المادة (٤٠٥) على ما يلي: «إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع، واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع».

ونص المادة (٤٠٦) هو: «إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسلم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن».

وهذه الأحكام في جملتها مستقاة من الفقه الإسلامي، فقد قرر فقهاء الحنفية أن المبيع إذا هلك كله أو بعضه قبل التسليم، فإن البائع (أي المدين) الذي استحال عليه الوفاء بالتزامه بالتسليم هو الذي يتحمل تبعة الهلاك، وينفسخ البيع في حالة الهلاك الكلي أو فيما يقابل الجزء التالف في حالة الهلاك الجزئي. وقد نصت على ذلك المادة (٣٩٢) من مجلة الأحكام العدلية ونصها: «المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري».

وإذا كان ذلك هو المقرر في عقد البيع، وهو أيضاً المقرر في عقد الإيجار بأن الهلاك على المدين (المؤجر في إجارة المنافع، والأجير في إجارة الأعمال)، فإن الفقه الإسلامي يكون قد أخذ بنظرية تحمل التبعة المعروفة لدى القانونيين[١].

---

(١) راجع رسالة (نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي) للدكتور زكي عبد البر: ص ١٤٤ ومابعدها، وكتابنا نظرية الضمان: ص ١٤٨، ١٦٥، ١٦٩، العقود المسماة للدكتور البدراوي: ١/ ٤٢٢ ومابعدها.

٤- حق البائع في حبس المبيع:

أجاز القانون المدني للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري، على الرغم من حلول أجله، إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن كله أو بعضه، وذلك هو الحق في حبس المبيع، نصت المادة (٤٢٧) على ذلك فيما يأتي: «إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له، ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع».

وإعطاء البائع حق الحبس مبدأ مقرر في الفقه الإسلامي، قال الحنفية: يثبت للبائع حق حبس المبيع عن المشتري إلى أن يستوفي ما وجب تعجيله، سواء أكان كل الثمن أم بعضه. ولا يسقط حق الحبس حتى ولو قدم المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن[١].

وذكرت المجلة المواد المتعلقة بحبس المبيع (من ٢٧٨-٢٨٤)، نصت المادة (٢٧٨) على ما يلي: «في البيع بالثمن الحال أعني غير المؤجل، للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن».

٥- الغبن في بيع عقار القاصر:

إذا اشتمل بيع عقار لغير كامل الأهلية بسبب الصغر أو الجنون مثلاً على غبن فاحش يزيد على الخمس، جاز للبائع طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، بأن صدر البيع من ناقص الأهلية نفسه[٢]، وهذا نص المادة (٣٩٣ مدني):

«١- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

٢ - ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوَّم العقار بحسب قيمته وقت البيع».

---

(١) المبسوط: ١٣/ ١٩٢، البدائع: ٥/ ٢٤٩، رد المحتار: ٤/ ٤٤، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ٧٧، العقود المسماة للبدراوي: ١/ ٤٢٠.

(٢) راجع العقود المسماة للدكتور البدراوي: ١/ ٢١٨ ومابعدها.

أخذ هذا الحكم من الفقه الإسلامي[١]، فقد أجاز فقهاء الحنفية فسخ البيع بسبب الغبن الفاحش وحده بدون أن ينضم إليه تغرير، وذلك في أحوال هي: «حقوق اليتيم والوقف، وبيت المال».

وضابط التمييز بين الغبن اليسير أو القليل وبين الغبن الفاحش أو الكثير هو أن الغبن اليسير: ما يدخل تحت تقويم المقومين. والغبن الفاحش: هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين[٢].

لكن المادة (١٦٥) من المجلة قدرت الغبن بما يأتي، وهو رأي متأخري فقهاء الحنفية: «الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار أو زيادة». ولا مانع فقهاً من تقدير الغبن الفاحش بما أخذ به القانون أي بما يزيد عن الخمس وهو رأي نصر بن يحيى من الحنفية[٣].

٦- ضمان العيوب الخفية، وضمان التعرض والاستحقاق:

يلتزم البائع بضمان العيب القديم الذي قد يوجد في المبيع، لأن عقد البيع يقتضي بذاته سلامة المبيع من العيوب، وسلامته من حقوق الغير (ضمان الدَّرَك[٤] أو ضمان التعرض والاستحقاق)، دون حاجة إلى شرط؛ لأن العيب ضرر لايقتضيه العقد، والضرر مرفوع، عملاً بالحديث النبوي: «لا ضرر ولا ضرار» ولأن المفروض في البيع سلامة المبيع من كل علاقة للغير به.

فإذا وجد عيب في المبيع جاز فسخ العقد، فيتخير المشتري بين أمرين: إن شاء فسخ البيع ورد المبيع، وإن شاء أمسكه بكل الثمن، وليس له إسقاط شيء من الثمن دون رضا البائع.

وإذا ظهر كون المبيع مستحقاً لغير البائع أصبح البيع متوقفاً على إجازة المستحق، فإن أجاز البيع بقي المبيع للمشتري، ويأخذ المستحق الثمن من البائع.

---

(١) الوسيط للسنهوري: ص ٤٦.
(٢) البدائع: ٦/ ٣٠.
(٣) البدائع: المرجع السابق.
(٤) ضمان الدَّرَك: هو التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه ويدركه من حقوق لغير البائع في عينه، وتحمل تبعة الاستحقاق عند ظهور حق فيه لأحد.

وإن لم يجز المستحق البيع انفسخ البيع السابق، ويلتزم البائع للمشتري رد الثمن[١].

أخذ القانون المدني أحكام ضمان العيوب الخفية، من الفقه الإسلامي، كما أنه من حيث المبدأ أخذ أحكام ضمان التعرض والاستحقاق من هذا الفقه أيضاً[٢] مع مراعاة المبادئ القانونية التي تجيز الفوائد عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق، وتوجب تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع.

ونصت المواد (٤١٥-٤١٩) مدني على ضمان العيوب الخفية، كما نصت المواد (٤٠٧-٤١٤) على ضمان التعرض والاستحقاق.

أما المادة (٤١٥) فهي: «١- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل المشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب، ولو لم يكن عالماً بوجوده.

٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه».

وقد نصت المواد (٣٣٦-٣٥٥) من مجلة الأحكام العدلية على أحكام ضمان العيوب الخفية تحت عنوان (خيار العيب). أما المادة (٣٣٦) فهي: «البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب يعني أن بيع المال بدون البراءة من العيوب وبلا ذكر أنه معيب أو سالم، يقتضي أن يكون المبيع سالماً خالياً من العيب».

ونص المادة (٣٣٧) هو: «ما بيع بيعاً مطلقاً إذا ظهر به عيب قديم، يكون المشتري مخيراً: إن شاء رده، وإن شاء قبله بثمنه المسمى، وليس له أن يمسك المبيع، ويأخذ ما نقصه العيب، وهذا يقال له خيار العيب».

---

(١) عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص٩٧-١١٦.

(٢) راجع العقود المسماة للدكتور البدراوي: ١/ ٤٣٣ ومابعدها.

وأما المادة (٤٠٧) مدني التي تنص على **مبدأ ضمان تعرض الغير في الانتفاع** فهي: «يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله هو، أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه».

ونصت المادة (٤٠٨) على التزام البائع المزدوج أي المكون من التزامين في حال استحقاق المبيع:

الأول: التزام الدفاع عن المشتري في الدعوى القائمة بينه وبين الغير. والثاني: التزامه بتعويض المشتري إذا لم يمكن توقي الاستحقاق. والالتزام بالضمان: التزام بعمل، والأصل أنه يجب تنفيذه عيناً ما دام التنفيذ العيني ممكناً. فإذا لم يمكن التنفيذ العيني لم يكن أمام البائع سوى التنفيذ بطريق التعويض.

ثانياً ــ في عقد الإيجار:

اقتبس التقنين المدني من الفقه الإسلامي أحكام بعض أنواع الإيجار، وبعض أحكام إجارة المنافع، منها مايأتي:

١- إيجار الأراضي الزراعية:

ورد النص على إيجار الأراضي الزراعية في المواد التالية (٥٧٧-٥٨٥) حدد فيها التزامات المؤجر بتسليم أدوات الزراعة لإقامة المباني والتزام المستأجر لاستغلال الأرض طبقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف، وبالقيام بإجراءات الإصلاح التي يقتضيها الانتفاع المألوف بالأرض المؤجرة وتحديد مدة الإيجار بالدورة الزراعية السنوية وبقاء المستأجر في العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار بسبب قاهر حتى تنضج الغلة بالأجر المناسب. وهذا النوع من العقود إجارة بالنقود في الذمة أو معينة.

وهي أحكام مقررة في الفقه الإسلامي، وجاء النص على بعضها في المجلة، نصت المادة (٥٢٤) مجلة على ضرورة تعيين نوع الزرع: «من استأجر أرضاً ولم

يعين ما يزرعه فيها ولم يعمم على أن يزرع ما شاء، فإجارته فاسدة، ولكن لو عين قبل الفسخ، ورضي الآخر تنقلب إلى الصحة».

ونصت المادة (٥٢٥) على الدورة الزراعية: «من استأجر أرضاً على أن يزرعها ما شاء فله أن يزرعها مكرراً في ظرف السنة صيفياً وشتائياً».

ونصت المادة (٥٢٦) على بقاء المستأجر في الأرض بعد انتهاء العقد: «لو انقضت مدة الإيجار قبل إدراك الزرع فللمستأجر أن يبقى الزرع في الأرض إلى إدراكه، ويعطي أجرة المثل».

٢- هلاك الزرع في العين المؤجرة:

نصت المادة (٥٨٣) مدني على أن هلاك الزرع يسوغ طلب إسقاط الأجرة:

«١- إذا بذر المستأجر الأرض، ثم هلك الزرع كله قبل حصاده بسبب قوة قاهرة جاز للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة.

٢ - أما إذا لم يهلك إلا بعض الزرع، ولكن ترتب على الهلاك نقص كبير في ريع الأرض كان للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة.

٣ - وليس للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة أو إنقاصها إذا كان قد عوض عما أصابه من ضرر بما عاد عليه من أرباح في مدة الإجارة كلها أو بما حصل عليه من طريق التأمين أو من طريق آخر».

وهذا النص تطبيق لأثر القوة القاهرة (الآفة السماوية) المبني على نظرية الضرورة الشرعية والذي يترتب عليه سقوط الالتزام بدفع المقابل (الأجرة أو الثمن) إذا تلف الشيء المعقود عليه. قال الحنفية: إذا انقطع الماء عن الطاحون مدة شهر مثلاً، يسقط عن المستأجر أجر المدة[١]، وجاء في الحديث النبوي: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»[٢].

---

(١) راجع كتابنا نظرية الظمان: ص ١٦٤، وكتابنا نظرية الضرورة الشرعية: ص ٣٢٨ ومابعدها.

(٢) أخرجه البخاري ومسلم عن أنس بلفظ: «إذا منع الله الثمرة، فبِمَ تستحل مال أخيك» (نيل الأوطار: ٥/ ١٧٣).

٣- غرس الأشجار في العين المؤجرة:

ورد النص على هذه القضية في المادة (٥٥٩) مستمداً من الفقه الإسلامي، حيث تضمنت الفقرة الأولى إلزام المؤجر نفقة ما ترتب على البناء أو الغرس من تحسينات إذا حدث ذلك بموافقته أي المؤجر، وتضمنت الفقرة الثانية ما يلي:

«٢ - فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون موافقة المؤجر، كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة، إن كان للتعويض مقتض».

وهذا الحكم مقتبس من الفقه الإسلامي، فقد ألزم فقهاء الحنفية المستأجر بعد انقضاء مدة الإيجار بقلع الغراس وتسليم الأرض فارغة[١]. وجاء في المادة (٥٣١) من المجلة ما يؤيده: «لو أحدث المستأجر بناء في العقار المأجور أو غرس شجرة، فالآجر مخير عند انقضاء مدة الإجارة إن شاء قلع البناء والشجرة، وإن شاء أبقاهما، وأعطى قيمتها كثيرة كانت أو قليلة». ونصت المادة (٥٣٢) بعدها على ضمان الضرر: «إزالة التراب والزبل الذي يتراكم في مدة الإجارة والتطهير عنهما على المستأجر».

٤- المزارعة:

المزارعة عبارة عن عقد الزراعة، ببعض الناتج، وهو إجارة الأرض ببعض ماخرج منها. وهو عقد مقرر في الفقه الإسلامي، أخذت منه أحكامه المعمول بها في القانون المدني (في المواد ٥٨٦-٥٩٤).

ونص المادة (٥٨٦) هو ما يلي: «يجوز أن تعطى الأرض الزراعية والأرض المغروسة بالأشجار مزارعة للمستأجر في مقابل أخذ المؤجر جزءاً معيناً من المحصول».

قال الحنفية[٢]: يصح استئجار الأرضين للزراعة على أي مدة كانت طالت أو قصرت، لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً.

---

(١) اللباب في شرح الكتاب للميداني: ٢/ ٩٠.
(٢) اللباب في شرح الكتاب: ٢/ ٨٨.

٥- انقضاء الإيجار بموت المستأجر:

ورد النص على انتهاء عقد الإيجار بالموت في المادة (٥٦٨) مدني ومابعدها:

«١ - لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر.

٢ - ومع ذلك إذا مات المستأجرجاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم. وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة (٥٣١)، وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر».

ونص المادة (٥٦٩) هو: «إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد».

دل النص على أنه لا ينتهي عقد الإيجار بموت المؤجر أو المستأجر عملاً بما قرره جمهور فقهاء الإسلام غير الحنفية، واستثنى النص حالتين ينقضي بهما الإيجار بموت المستأجر وهما:

١ - حالة صيرورة أعباء العقد أثقل من أن تتحملها موارد ورثة المستأجر، أو أن الإيجار أصبح يجاوز حدود حاجتهم.

٢ - إذا كان الإيجار قد عقد بسبب حرفة المستأجر كعيادة طبيب أو صيدلية.

ويمكن تسويغهما بما قرره الحنفية من انتهاء الإجارة بموت أحد العاقدين.

٦- انتهاء الإيجار للعذر:

أخذ المشرع المدني عن الفقه الإسلامي فكرة فسخ الإيجار للعذر، فنص في المادة (٥٧٥) على أنه:

«١- إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدَّت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر، أو في أثناء سريانه مرهقاً، على أن يراعي من يطلب إنهاء

العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة (٥٣١)، وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً.

وهذا النص يشير إلى عذر خاص بالمستأجر، أو المؤجر، يجيز طلب فسخ الإيجار بسبب العذر بشرطين:

١ - أن تكون الإجارة معينة المدة، فإن لم تكن معينة جاز لأي طرف إنهاؤها قبل نهاية أي فترة دفعت أجرتها.

٢ - أن يطرأ ظرف خطير من شأنه أن يجعل التنفيذ مرهقاً لأحد الطرفين، كأن يترك المحامي الذي استأجر مكتباً مهنته لمرض أو منع قانوني من ممارسة المهنة. أو تطرأ ظروف غير متوقعة تجعل القيام ببناء التزم المؤجر بإقامته مرهقاً له.

وقد عرفنا سابقاً أن الحنفية أجازوا فسخ الإجارة بالأعذار، وإن وقعت الإجارة صحيحة لازمة[1].

٧- إيجار الوقف:

نص القانون المدني في المواد (٥٩٥-٦٠١) على أحكام إيجار الوقف مستمدة من الفقه الإسلامي، ومن أخصها ما نصت عليه المادة (٥٩٨): «لا تصح إجارة الوقف بالغبن الفاحش إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف، فتجوز إجارته بالغبن الفاحش في حق نفسه، لا في حق من يليه من المستحقين».

وقد نصت المادة (٢٥٦) من المجلة على مبدأ الفسخ بسبب الغبن: «إذا وجد غبن فاحش في البيع، ولم يوجد تغرير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع، إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع، ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم».

(١) تحفة الفقهاء: ٢/ ٥٣٣.

ثالثاً - حقوق الارتفاق:

حق الارتفاق: هو تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جارٍ في ملكية شخص غير مالك العقار الأول (م ٩٦٠) مدني. وهو أحد الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية. والارتفاقات تختلف فيما بينها من حيث موضوعها. فهناك ارتفاق بالمجرى، وارتفاق بالمرور، وارتفاق بالصرف، وارتفاق بالمطل، ونحو ذلك. والارتفاق إما أن يكون طبيعياً، أو قانونياً أي يقرره القانون، كحق الشِّرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور.

أخذ القانون المدني طائفة من أحكام الارتفاق من الفقه الإسلامي من أهمها حق العلو والسفل، وأحكام الحائط المشترك.

ففي حق العلو والسفل نصت المادة (٩٦٣) مدني على حق إسالة الماء سيلاً طبيعياً من الأراضي العالية. وأوجب القانون بعض التزامات على صاحب السفل وصاحب العلو في ضمن القيود الواردة على حق الملكية - ملكية الطبقات، نصت على ذلك المادة (٨١٤):

«١- على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو.

٢ - فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل. ويجوز في كل حال لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة». ونصت المادة (٤١٥) على التزام صاحب السفل بإعادة بناء سفله إذا انهدم فإن امتنع جاز لصاحب العلو إعادة البناء على نفقة صاحبه، ولصاحب العلو منع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته.

ومضمون هاتين المادتين مستمد من الفقه الإسلامي[1].

والقانون المدني بالإضافة إلى المعايير الثلاثة السابقة لبيان حد المشروعية في استعمال الحقوق (التعسف في استعمال الحق م ٥ و ٦) أقر معياراً آخر لمضار

---

(١) تحفة الفقهاء: ٢/ ٣١٤ ومابعدها، الأموال ونظرية العقد، يوسف موسى: ص ١٨٢.

الجوار غير المألوفة لبيان حد المشروعية في استعمال حق الملكية[١] ومنه حق العلو والسفل، في المادة (٧٧٦) ونصها ما يأتي:

«١- على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق». وهذا النص تطبيق لنظرية التعسف، وأقرب إلى تكييف الفقه الإسلامي الذي اعتمد عليه القانون المدني في صياغة نظرية عامة للتعسف.

ونصت المجلة على مضار الجوار غير المألوفة في المواد (١١٩٨-١٢١٢) ونص المادة (١١٩٨) هو ما يلي: «كل أحد له التعلي على حائط الملك وبناء ما يريد، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً». وحددت المادة (١١٩٩) الضرر الفاحش بقولها: «والضرر الفاحش: كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضر البناء أي يجلب عليه وهناً ويكون سبب انهدامه».

وأما الحائط المشترك: فإن القانون المدني نص على أحكامه أثناء بيان أحوال الارتفاق القانوني، فوضع قيوداً على المالك في استعمال أجزاء أرضه، ففي الحائط المشترك ليس لأحد الجارين أن يفتح فيه مطلات أو مناور؛ لأن هذا يتعارض مع الغرض الذي أعد له الحائط، وهو ستر كل من العقارين اللذين يفصل بينهما. ويستعمل الحائط المشترك بحسب الغرض الذي أعد له، وبالقدر الذي يحتمله كالاستناد المألوف عليه (انظر المادة ٩٧٤، و ٩٧٠ وما بعدها).

وهذا كله من الفقه الإسلامي عملاً بقاعدة: «الضرر يزال»[٢] نصت المادة (١٢٠٢) من المجلة على ذلك فيما يأتي: «رؤية المحل الذي هو مقر النساء

---

(١) الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور وحيد سوار: ص ٣١٤ ومابعدها.

(٢) كتابنا نظرية الضمان: ص ٢٠٥.

كصحن الدار أو المطبخ والبئر يعد ضرراً فاحشاً، فإذا أحدث رجل في داره شباكاً أو بناءً مجدداً وجعل له شباكاً مطلاً على المحل الذي هو مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق، فإنه يؤمر برفع الضرر، ويصير ذلك الرجل مجبوراً لدفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر إما ببناء حائط أو وضع طبلة (حاجز خشبي)، لكن لايجبر على سد الشباك بالكلية، كما إذا عمل ساتراً من الأغصان التي يرى من بينها مقر نساء جاره، فإنه يؤمر بسد محلات النظر، ولا يجبر على هدمه، وبناء حائط محله، انظر المادة (٢٢) وهي «الضرورات تقدر بقدرها».

رابعاً ـــ عقد الهبة:

استمد التقنين المدني في المواد (٤٥٤-٤٧٢) الأحكام الموضوعية لعقد الهبة من الفقه الإسلامي، وعلى التخصيص من كتاب الأحوال الشخصية لقدري باشا حيث قننت هذه الأحكام. ولكن التقنين أدخل تعديلاً جوهرياً على أحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالرجوع في الهبة إذ قيد هذا الحق بقيام عذر مقبول (المادة ٤٦٨)، وضرب أمثلة على العذر المقبول من التقنينات الأجنبية (المادة ٤٦٩). وذلك مع نقل أحكام موانع الرجوع في الهبة عن الفقه الحنفي[1] (المادة ٤٧٠) وبذلك أكسب عقد الهبة صلابة وقوة في الإلزام، على النحو الذي يقرره جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) الذين يعدون عقد الهبة لازماً لا يجوز الرجوع فيه إلا في هبة الوالد لولده، بعكس الحنفية الذين يعتبرون الهبة عقداً غير لازم، يجوز فسخه والرجوع عنه[2].

شكلية الهبة: في الناحية الشكلية اشترط القانون لصحة الهبة كونها بسند رسمي، نصت المادة (٤٥٦) على ما يأتي:

«أ - تكون الهبة بسند رسمي، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر.

---

(١) دروس في العقود المدنية لأستاذنا الدكتور أكثم الخولي: ص ٩.
(٢) سيأتي تفصيل القول في حكم الهبة.

٢ - ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى سند رسمي». والسبب في اشتراط الرسمية هو تنبيه الواهب إلى خطورة تصرفه، وتوفير أسباب الحرية له في عقد ينزل به عن ماله دون مقابل.

كذلك اشترطت المادة (٤٥٨) الرسمية في الوعد بالهبة فقررت: «الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بسند رسمي».

لكن على الرغم من أن رسمية الهبة تتعلق بالنظام العام، ويكون جزاؤها البطلان، فقد اعتبر القانون التنفيذ الاختياري بديلاً عاماً عن الرسمية. نصت المادة (٤٥٧) على أنه: «إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوه ما سلموه» ويتضح من هذا النص أن التنفيذ الاختياري للهبة من جانب الواهب أو ورثته يحقق النتيجة نفسها التي تحققها الرسمية. وهذا يدل على أن القانون أوجد نوعاً جديداً ذا صبغة عامة من الشكلية هو التنفيذ الاختياري، وهو أكثر حماية للواهب من الرسمية. والتنفيذ الاختياري يشمل هبة العقار وهبة المنقول، غير أن المشرع القانوني قد نص على أهم تطبيقاته وأكثرها شيوعاً في الحياة العملية، وهو هبة المنقول المادي التي تتم بالقبض أو الهبة اليدوية.

كذلك أجاز القانون (في المادة ٤٥٦) استثناء من اشتراط الرسمية أن تتم الهبة تحت ستار عقد من عقود المعاوضة على سبيل الصورية، فتصح الهبة المستترة دون حاجة لسند رسمي.

وأما موقف الفقهاء المسلمين من الجانب الشكلي للهبة ففيه اتجاهان:

الاتجاه الأول[1] ـــ هو مذهب المالكية، والحنابلة في غير المكيل والموزون: وهو يرى الاكتفاء بمبدأ الرضائية في الهبات، فتصبح صحيحة ناقلة للملكية بمجرد قبول الموهوب له. أما القبض (أو الحيازة) فهو شرط عند المالكية لتمام ولزوم الهبة، فإن لم يحصل القبض لم تلزم الهبة، وإن كانت صحيحة.

---

(١) تقدم بحث الموضوع في عقد الهبة.

والاتجاه الثاني- هو مذهب الحنفية والشافعية، والإمام أحمد في هبة المكيل والموزون: وهو يعنى بشكل الهبة، ولا يرتّب على مجرد التراضي أثراً شرعياً، والهبة وإن كانت تنعقد بالإيجاب والقبول، فإنها لا تلزم الواهب ولا تنقل الملكية إلا بالقبض. أي أنه يعتبر التنفيذ الاختياري من جانب الواهب هو روح الهبة في هذا الاتجاه، أما مجرد تلاقي إرادة الطرفين فلا ينشئ الهبة بمعناها الصحيح، بل مجرد وعد بالهبة، لا يلزم الواهب. وإذا تم تنفيذ هذا الوعد اختياراً من جانب الواهب تقوم الهبة وتنتج آثارها وأهمها انتقال الملكية إلى الموهوب له.

والدافع إلى هذا الاتجاه هو الحرص على احترام الطابع التبرعي للهبة الذي يجب أن يميزها عن سائر التمليكات.

وأما الأحكام الموضوعية للهبة التي تضمنها القانون المدني والتي استمدها من الفقه الإسلامي فهي مايأتي:

١- **تعريف الهبة:** الهبة عقد تصرَّف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض (م ٤٥٤) وعرف الفقهاء الهبة بقولهم: عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعاً.

لكن نصت الفقرة (٢) من هذه المادة على أنه يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نيةالتبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين، كإلزام الموهوب له أن يعوله حتى موته، أو بأن يدفع له إيراداً مرتباً مدى الحياة.

و نصت المادة (٨٥٥) من المجلة على أنه «تصح الهبة بشرط عوض...» لكن الإمام الشافعي يرى أن اشتراط العوض صراحة يبطل العقد، لأنه شرط مخالف لمقتضاه.

٢- **ركن الهبة:** نصت المادة (٤٥٥) على أن الهبة تتم بالإيجاب والقبول. وعلى أنه ينوب ولي القاصر عنه بقبول الهبة وبقبض الشيء الموهوب إذا كان الواهب هو ولي الموهوب أو وصيه.

وهذا هو المقرر ذاته في الفقه، نصت المادة (٨٣٧) من المجلة على أنه «تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض». وذكر الفقهاء أن الولي ينوب مناب القاصر

في القبض، فلو وهب أحد الأولياء للصغير شيئاً، والمال في أيديهم صحت الهبة، ويصيرون قابضين للصغير[١].

٣- الشروط الموضوعية للهبة:

لم يورد القانون المدني شروطاً خاصة بالهبة من حيث تلاقي الإيجاب والقبول، فيجب تطبيق القواعد العامة، فيشترط الرضا لصحة العقد وتطبق القواعد العامة في أحكام عيوب الرضا، وتتميز الهبة بأن الغلط في الشخص يجعل الهبة قابلة للإبطال.

كذلك يشترط في الواهب أن يكون كامل الأهلية؛ لأن الهبة من التصرفات الضارة بالواهب ضرراً محضاً. أما الموهوب له فيكفي فيه أن يكون مميزاً، لأن الهبة من التصرفات النافعة للموهوب له نفعاً محضاً.

ويستطيع الولي أو الوصي أن يهبا للصغير وينوبا عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب كما تقدم (المادة ٢/ ٤٥٥). ولا يستطيع الولي أن يتبرع بمال القاصر إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسوغ، كما نصت المادة (٢/ ١٧٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري. وكذلك يعدّ تبرع الوصي في مال القاصر باطلاً (المادة ١٨٠ من قانون الأحوال الشخصية السوري). ويجوز للمتبرع استبعاد الولاية على مال التبرع، بدليل النص في القانون السوري (في المادة ١٧١) على أنه «إذا اشترط بدليل وجود النص في هذا المتبرع بمال للقاصر عدم تصرف وليه به تعين المحكمة وصياً خاصاً على هذا المال».

ويشترط في الموهوب أن يكون مملوكاً للواهب وموجوداً ومعيناً ومشروعاً، وعلى ذلك يكون حكم هبة ملك الغير كحكم بيع ملك الغير: وهو البطلان النسبي (القابلية للإبطال) لمصلحة الموهوب له، وعدم النفاذ في حق المالك الحقيقي (المواد ٤٥٩، ٤٣٤، ٤٣٥).

و نصت المادة (٤٦٠) على أنه «تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة» وذلك استثناء

---

(١) سيأتي تفصيل الكلام في ذلك في بحث عقد الهبة

من القواعد العامة في القانون التي تجيز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، وهذا الحكم المستثنى مأخوذ من الشريعة الإسلامية التي تشترط وجود محل العقد وقت انعقاده في كل العقود.

ويلاحظ أن هذه الشروط المطلوبة لانعقاد الهبة قانوناً مستقاة من أحكام الفقه الإسلامي. ففي هذا الفقه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول في كل عقود التمليكات، وتوفر الرضا والاختيار، وهذا ما نصت عليه المادة (٨٦٠) من المجلة، وأن يكون للواهب أهلية التبرع أو كمال الأهلية؛ لأن الهبة تبرع، وهو ما نصت عليه المادة» (٨٥٩) من المجلة، وألا تصدر الهبة منه في مرض موته، وإلا أخذت حكم الوصية فلا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة، وألا يكون مديناً بديون مستغرقة، ولو لم يحجر عليه، وإلا توقفت على إجازة الدائنين. جاء النص على هذه الأحكام في المواد (٨٧٩-٨٨٠) من المجلة.

ويشترط في الموهوب له أن يكون حياً، فلا تجوز الهبة للجنين ولا للمعدوم، وأجازها المالكية، ويحسن الأخذ قانوناً بمبدأ إجازة الهبة للجنين.

كما يشترط أن يكون محل الهبة موجوداً وقت العقد، وهو شرط عام في كل عقود التمليكات في الحال، صوناً للعقد عن الإلغاء عند فوات المحل.

ونصت المادة (٨٥٦) من المجلة على ذلك.

ويجب أن يكون الشيء مملوكاً للواهب، فإن كان الموهوب ليس مالاً للواهب، كانت هبة الفضولي، وهي موقوفة على إجازة المالك.

ونصت المادة (٨٥٧) من المجلة على ذلك.

ويلزم أن يكون الموهوب معلوماً ومعيناً، وهو ما نصت عليه المادة (٨٥٨) من المجلة.

أما هبة الحصة الشائعة فيما يقبل القسمة كالدار والبيت الكبير، فأجازها جمهور الفقهاء، كبيع المشاع. ولم يجزها الحنفية إلا بقسمتها وقبضها مفرزة عن غيرها[1].

---

(١) المراجع تأتي في بحث الهبة.

٤- الرجوع في الهبة:

نصت المادة (٤٦٨-٤٧٢) على مبدأ جواز الرجوع في الهبة، وعلى الحالات التي يجوز فيها الرجوع، بشرط وجود عذر مقبول للرجوع. وهذه الأحكام ما عدا اشتراط وجود العذر مستمدة من الفقه الحنفي الذي يعتبر الرجوع مكروهاً لأنه من باب الدناءة، وللموهوب له أن يمتنع عن الرد، ولا يصح الرجوع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي؛ لأن الرجوع فسخ للعقد. ولا يجوز الرجوع عند وجود أحد موانع الرجوع السبعة وهي (العوض، أو تقديم بدل عن الهبة، والزيادة المتصلة كالبناء والغرس، وتصرف الموهوب له في الموهوب، وموت أحد العاقدين، وهلاك الموهوب في يد الموهوب له أو استهلاكه، وكون الهبة من أجل الثواب من الله تعالى كالصدقة، أو من أجل صلة الرحم، أو صلة الزوجية) وهذه الحالات نص عليها القانون في المادة (٤٧٠)، ونصت عليها المجلة في المواد (٨٦٦-٨٧٤).

خامساً ــ تصرف المريض مرض الموت:

استقى التقنين المدني من الفقه الإسلامي أحكام بيع المريض مرض الموت[١]، فاعتبر بيعه في حكم الوصية، كما اعتبر البيع لأحد الورثة بالمحاباة خاضعاً لأحكام الوصية. فلا يجوز بيع المريض مرض الموت محاباة إلا إذا أجازه الورثة إذا كان مقدار المحاباة يجاوز ثلث التركة، وإذا كان مديناً بدين مستغرق كان بيعه المشتمل على الغبن الفاحش موقوفاً على إجازة الدائنين. فإن لم يكن مديناً، وكان البيع بالمحاباة لغير الوارث أي بأقل من ثمن المثل نفذ بيعه من ثلث التركة. وإن لم يشتمل البيع على المحاباة بأن كان بثمن المثل صح البيع ونفذ.

أما البيع لوارث ولو بثمن المثل أي بدون غبن فهو موقوف عند أبي حنيفة وفي المجلة على إجازة الورثة لتعلق حقهم بعين التركة.

لكن هل للمريض مرض الموت التصرف لوارث في حدود ثلث التركة؟

يلاحظ أن المادة (٤٤٥) من القانون المدني السوري المتعلقة ببيع المريض

(١) الوسيط للسنهوري: ص٤٦.

مرض الموت منقولة عن القانون المدني المصري الذي يجيز بدوره الوصية للوارث ولغيره في حدود الثلث (في المادة ٧٣ من قانون الوصية المصري) وتنفذ من غير إجازة الورثة خلافاً لما يقرره فقهاء المذاهب الأربعة وجمهور فقهاء المسلمين، ولكن عملاً برأي بعض أئمة الشيعة الزيدية، وبعض أئمة الشيعة الإمامية (الجعفرية)، والإسماعيلية.

وتنص هذه المادة (٤٤٥) التي تعتبر المحاباة بحكم الوصية على ما يلي:

«١ - إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسري في حق الورثة، إذا كانت زيادة قيمةالمبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته.

٢ - إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلاإذا أقروه، أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين.

٣ - ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة (٨٧٧). وبناء على هذه المادة إذا كان البيع بالمحاباة خاضعاً لأحكام الوصية فإنه ينفذ من المريض مرض الموت إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن في حدود ثلث التركة».

والدليل على أن تصرف المريض مرض الموت تطبق عليه أحكام الوصية هو ما نصت عليه المادة (٨٧٧) التالي نصها:

١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف.

٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه.

وبما أن الوصية خاضعة لأحكام الشرَيعة الإسلامي بنص المادة (٨٧٦) من القانون السوري، فإن أحكام الشريعة المعمول بها في سورية خلافاً لمصر هي المقررة في قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر عام (١٩٥٣) والتي بموجبها لا تجوز الوصية لوارث. نصت المادة (٢٣٨) من هذا القانون على ما يلي:

«١ - تنفذ الوصية لغير وارث بثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين من غير إجازة الورثة.

٢ - لا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، وكان المجيز كامل الأهلية.

٣ - لا تنفذ فيما يستغرقه دين إلا بإجازة الدائن الكامل الأهلية أو بسقوط الدين.

٤ - تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ما له من غير توقف على إجازة أحد».

يتبين مما ذكر أن النص الوارد في المادة (٤٤٥) مدني سوري الذي يجيز للمريض البيع بالمحاباة للوارث في حدود ثلث التركة معطل المفعول، ويكون البيع موقوفاً على إجازة الورثة عملاً بمقتضى الأحوال الشخصية السوري الذي لا يجيز الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة.

هذا وقد نصت المجلة على أحكام بيع المريض في المواد (٣٩٣-٣٩٥) كما نصت المادة (١٥٩٥) على تعريف مرض الموت بقولها:

«مرض الموت: هو الذي يخاف فيه الموت في الأكثر، الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، صاحب فراش كان أو لم يكن.

وإن امتد مرضه دائماً على حال، ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات يعد حاله من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت».

سادساً - أحكام متفرقة (الإبراء، مدة التقادم):

استمد القانون المدني طائفة من الأحكام في مناسبات مختلفة من الفقه الإسلامي، كانقضاء الالتزام دون الوفاء به، إما بالإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده، وإما بالتقادم المسقط لمضي مدة خمس عشرة سنة في الحقوق الخاصة.

هذا فضلاً عن أن كثيراً من الأحكام المقررة في القانون المدني يمكن تخريجها أو تسويغها بمبدأ من مبادئ الشريعة كالاستصلاح والاستحسان والعرف، أو حملها على مجموعة آراء فقهية من مذاهب مختلفة، كما أنه قد يكون لها شبه أو تطابق تام بينها وبين رأي فقهي معين. لكن مع كل ماسبق يظل القانون المدني السوري وأصله المصري غربي الطراز والتصور والأحكام، فلا يعفى المشرع من عودة حميدة لرياض الفقه الإسلامي الصالح لكل زمان ومكان.

الإبراء: إسقاط الدائن ماله في ذمة المدين من دين كثمن مبيع أو دين قرض، ويترتب عليه انتهاء التزام الدين كله أوبعضه بحسب الإبراء، وتفرغ منه ذمته. وهو عند الحنفية لا يحتاج إلى قبول وإنما يصح بإرادة الدائن وحده، وإنما يرتد بالرد؛ لأنه من قبيل الإسقاط كالطلاق، والإسقاط لا يتوقف على القبول. نصت المادة (٨٦٥١) من المجلة على أنه: «لايتوقف الإبراء على القبول. ولكن يكون بالرد مردوداً، لأنه إذا أبرأ أحد آخر فلا يشترط قبوله، ولكن إذا رد الإبراء في ذلك المجلس بقوله: لا أقبل، يكون ذلك الإبراء مردوداً يعني لا يبقى له حكم، لكن لورده بعد قبول الإبراء لا يكون الإبراء مردوداً. وأيضاً إذا أبرأ المحال له المحال عليه أو صاحب الطلب الكفيل، ورد ذلك المحال عليه أو الكفيل لا يكون الإبراء مردوداً».

و أخذ القانون المدني بمبدأ صحة الإبراء بإرادة الدائن وحده وهو المقرر في الفقه الحنفي. نصت المادة (٣٦٩) منه على ما يأتي: «ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدنيه مختاراً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده».

التقادم: لا يعتبر التقادم (أو مضي المدة ومرور الزمن أو وضع اليد) في الشريعة الإسلامية سبباً صحيحاً من أسباب كسب الحقوق أو إسقاطها ديانة إذ

«لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي» ولأن الحق أبدي لا يزول إلا بمسوغ شرعي مقبول. وإنما التقادم ما نع فقط للقاضي من سماع الدعوى بالحق القديم الذي أهمل صاحبه الادعاء به زمناً طويلاً معيناً بلا عذر. وذلك للشك في أصل الحق وفي إثباته بعد هذه المدة الطويلة، وحماية لمبدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقية، وتجنباً لإثارة المشكلات في الإثبات ونحوه؛ لأن القضاء في الإسلام مظهر للحق لا مثبت له، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمان وتقادم العهد. إلا أن القضاء مع هذا يقبل التخصيص بالزمان والمكان والخصومة، ويقبل التعليق بالشرط. وبناء عليه يصح للدولة منع القاضي من سماع دعوى على شخص مضى على وضع يده خمس عشر سنة مثلاً، فيعتبر قضاؤه بعدئذ غير نافذ[١].

ويمكن تسويغ ذلك بنظرية المصالح المرسلة التي تجيز للحاكم اتخاذ التدابير القضائية المناسبة لإقرار الحقوق والاهتمام بها، وإبعاد القضاء عن المشكلات المعقدة في إثبات حقوق قديمة. وهذا المعنى هو أساس الأخذ بفكرة التقادم قانوناً، فإن القانونيين قالوا: إن التقادم يقوم على أساس اعتبارات ذات طابع عام أي متصلة بالصالح العام للمجتمع كله، لا على أساس اعتبارات فردية، فالضرورات الاجتماعية هي التي أدت إلى إقرار هذا النظام.

أخذ القانون من الفقه الإسلامي تقدير مدة التقادم المسقط، حيث نصت المادة (٣٧٢) مدني سوري على أنه «يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون، وفيما عدا الاستثناءات التالية».

وكذلك في التقادم المكسب نصت المادة (٩١٩) على ما يلي:

«يكتسب حق تسجيل التصرف في الأراضي الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة، بمرور عشر سنوات من تاريخ الحيازة بسند أو بغير سند، بشرط أن يكون الحائز قائماً بزراعة الأرض».

وتقدير المدة في الحالتين مأخوذ من الفقه الإسلامي، حيث ذكر الفقهاء أن

---

(١) راجع كتابنا نظرية الضمان: ص ١٠١.

التقادم يسري على الحقوق الخاصة، ومدته العادية خمس عشرة سنة، فإذا مرت مروراً معتبراً دون ادعاء بالمال من قبل صاحبه لا تسمع دعواه بعدها[1].

وأما الأموال العامة فلا تسمع الدعوى فيها بعد مضي (٣٣) سنة في الوقف والإرث، وبعد (٣٦) سنة في أموال بيت المال، وبعد عشر سنوات في الأراضي الأميرية.

وأما المجلة فأخذت في المادة (١٦٦٢) بمدة (١٥) سنة في جميع الحقوق غير الوقف فهي (٣٦) سنة، والأراضي الأميرية فهي عشر سنين.

وتبتدئ المدة من وقت ظهور واضع اليد على الشيء بمظهر المالك لها، وعدم المانع الشرعي من إقامة دعواه كالصغر والجنون والعته. وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٦٣) من المجلة.

كما نصت المادة (٣٧٩) على حالات وقف التقادم بقولها: «١ - لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، ولو كان المانع أدبياً، وكذلك لايسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب.

٢ - ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً».

خاتمة

في آخر هذا البحث أؤكد ضرورة العودة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية واستمداد القوانين منها، ما دمنا نعمنا ولله الحمد بالاستقلال، وقد أوضحت هذا القسم من الأحكام الذي استمده القانون المدني من الفقه ليكون عنواناً مشرقاً وبرهاناً ساطعاً على أن في شريعتنا الغراء كنوزاً خالدة لا تحتاج إلا إلى صياغة جديدة بروح العصر ومفاهيمه على منوال التقنينات الجديدة.

قال الدكتور السنهوري: على أننا لا نريد بتقليد التقنينات الحديثة أن نذهب في

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ مصطفى الزرقاء: ف ١٥٦ ص ٢٣٠.

ذلك إلى مدى أبعد مما ينبغي. وإذا كنا نقول بالاستفادة دون تحفظ من التقنينات الغربية من ناحية الشكل والصياغة، ففي المادة والموضوع نتحفظ كثيراً في هذا القول.

ثم علق على قرار وزارة العدل العراقية باتخاذ الشريعة الإسلامية أساساً للتقنين قبل صدوره، فقال: ولما كان القرار خطيراً، وهو يؤذن بعهد جديد للفقه الإسلامي، يجاري فيه الزمن، ويساير التطور، كان من الواجب أن نقف عنده حتى نمعن في مراميه.

فأول أثر لهذا القرار أن يرد لهذه الشريعة السمحاء مكانتها بعد أن كادت تضيع، فقد رأينا أن البلاد الشرقية (أي العربية شرق المتوسط) التي راجعت تقنيناتها المدنية عدلت عن الشريعة الإسلامية إلى القوانين الغربية، وبقيت القاعدة مطردة من النصف الثاني للقرن التاسع عشر إلى الوقت الحاضر، فمصر تلتها تونس ومراكش وتركيا ولبنان، وكل هذه بلاد كانت تطبق الشريعة الإسلامية. ثم أعادت النظر في تقنيناتها، فقلبتها رأساً على عقب، إما باختيارها أو تحت تأثير نفوذ سياسي، وهجرت الشريعة الإسلامية إلى القوانين الغربية. أما العراق فهو أول بلد عربي اعتز بتراث أجداده، وحرص عليه من الضياع. فالعراق يرفع صوته عالياً بأن الشريعة الإسلامية لا تزال نظاماً قانونياً حياً صالحاً للتطبيق، وليس لسائر الأقطار العربية إلا أن تقتفي أثر العراق.

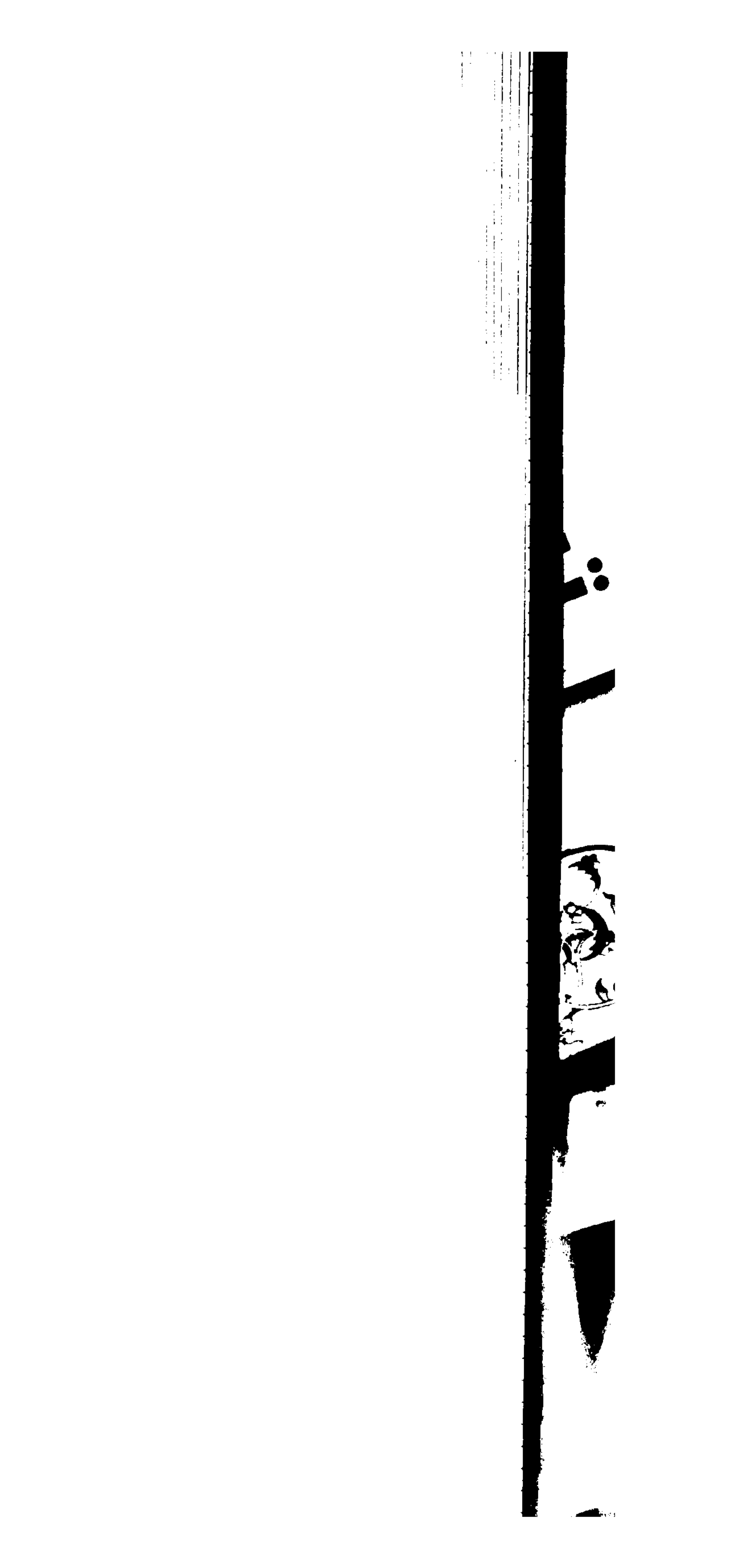
وهناك فرق جوهري بين أن نجعل مصدر الأحكام الصالحة التقنينات الغربية، وبين أن نجعل مصدرها الشريعة الإسلامية، ففي الحالة الأولى نكون قد قطعنا كل صلة بالقديم، وبدأنا حياة قانونية جديدة، نكون فيها عالة على فقه الغرب وجهوده، نأخذ منه ولا نعطيه. أما في الحالة الثانية فنكون قد احتفظنا بصلة الماضي، وجعلنا من هذه الصلة أساساً يقوم عليه المستقبل، واحتفظنا باستقلالنا القانوني، فلا نكون عالة على فقه الغرب، وفي الوقت ذاته نكون قد استفدنا من هذا الفقه إلى أبعد مدى، إذ تصبح الأحكام التي اخترناها وخرَّجناها على أحكام الشريعة الإسلامية متفقة مع أحدث الأحكام القانونية الغربية وأرقاها[١].

---

(١) راجع مقال الدكتور السنهوري في مجلة المحامين بدمشق، العددان السادس والسابع، من السنة الأولى: ص ٥٠٥-٥٠٨.

الفصل السابع

نظرية الضرورة الشرعية
مقارنة مع القانون الوضعي



المبحث الأول

مبادئ عامّة لا بُدَّ من مَعرفتها

المطلب الأول - أساس مبدأ التحريم والإباحة في نظام الشريعة:

من المبادئ المعروفة في الإسلام أن الله سبحانه وتعالى هو مصدر الشرائع والأحكام، سواء أكان طريق معرفة الحكم هو النص الصريح المباشر في القرآن أو السُّنة، أم اجتهاد المجتهدين، لأن دور المجتهد ينحصر في إبراز حكم الله والكشف عنه بطريق الاستنباط العقلي، ضمن مقاصد الشريعة وعلى وفق منهاجها وروحها العامة، إلا أن الله تعالى تفضُّلاً منه وإحساناً كتب على نفسه الرحمة. فلا يشرع إلا ما يكون متَّفقاً مع الحكمة، ومحققاً للمصلحة، فما أباحه فهو نافع طيب، وما حرَّمه فهو ضار خبيث.

ولقد تأكد هذا المبدأ باستقراء الأحكام الشرعية وفحصها، فإنها كلها شرعت لتحقيق مصلحة الإنسان، إما لجلب النفع له، أو لدفع الضرر عنه، قال الله تعالى مبيِّناً رسالة الرسول محمد ﷺ: ﴿وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةٗ لِّلۡعَٰلَمِينَ ١٠٧﴾ [الأنبياء: ١٠٧/٢١]، وقال سبحانه: ﴿رُّسُلٗا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةُۢ بَعۡدَ ٱلرُّسُلِۚ﴾ [النساء: ٤/ ١٦٥]، فكان من رحمة الله بالناس في التشريع أنه قصد حفظ التوازن بين مصالح الفرد ومصالح المجتمع، فما جعله الشرع مباحاً مأذوناً أو واجباً مفروضاً على الإنسان، فهو إما نافع له نفعاً محضاً، أو أن نفعه أكثر من ضرره، أو أنه محقق للمنفعة لأكبر مجموعة من الناس؛ وما جعله الشرع حراماً أو

مكروهاً فهو لأنه شرٌّ محض، أو لأن ضرره أكثر من نفعه، أو لأنه ضار بمصلحة أكبر مجموعة من الناس[1]. قال الله تعالى مبيِّناً سمة شريعة الإسلام: ﴿ٱلَّذِينَ يَتَّبِعُونَ ٱلرَّسُولَ ٱلنَّبِىَّ ٱلْأُمِّىَّ ٱلَّذِى يَجِدُونَهُۥ مَكْتُوبًا عِندَهُمْ فِى ٱلتَّوْرَىٰةِ وَٱلْإِنجِيلِ يَأْمُرُهُم بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَىٰهُمْ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِى كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ [الأعراف: ٧/ ١٥٧].

فوجوب الإيمان بالله وبأسمائه الحسنى وصفاته العليا طريق الإنقاذ وعنوان السُّمو وتكريم الإنسان.

والالتزام بالعبادات كالصلاة والصيام والحج دليل الطُّهر والصَّفاء النفسي ورمز الأخلاق ومانع الانحراف، وسبيل التعارف والعناية بالمصالح العامة.

وتشريع الزكاة والواجبات المالية العامة والخاصة: أساس التعاون والتضامن والتراحم بين الناس، كما أن ذلك أيضاً طريق الإغناء ومحاربة الفقر والأخذ بيد الضعيف وتقوية اقتصاد الأمة وتأمين موارد بيت المال.

ووجوب الطهارة من أجل الصلاة ملاذ الصحة ونقاء البشرة ودفع الضرر والمرض والأذى عن أعضاء الإنسان.

والمطالبة بتوقيع العقوبات الزاجرة على الجرائم الخطرة من قتل وزنا وسرقة وقذف العرض وتناول المسكرات وتعاطي المخدرات وإرهاب وغصب وتزوير وغش واحتيال هو من أجل الحفاظ على أمن الفرد والجماعة وصيانة الكرامة والشرف، وحماية الفضيلة والحقوق الأدبية والمادية، والعناية بسلامة الجسد والعقل.

وتنظيم العقود والتصرفات المدنية على نحو معين في الشريعة يقصد منه إقامة العدل ومنع المنازعات، وعدم الاعتداء على الحقوق المالية، قال ابن القيم[2]: والأصل في العقود كلها إنما هو العدل الذي بعثت به الرُّسل، وأنزلت به الكتب،

---

(١) انظر في هذا المعنى الموافقات للشاطبي ٢/ ٢٥ وما بعدها، فإنه أبان أن ليس في الدنيا محض مصلحة ولا مفسدة، وأما الآخرة ففيها محض الخير ومحض الشَّر.

(٢) أعلام الموقعين ١/ ٣٨٨.

قال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد: ٥٧/٢٥]، والشارع نهى عن الرِّبا لما فيه من الظلم، وعن الميسر لما فيه من الظلم، والقرآن جاء بتحريم هذا وهذا، وكلاهما أكل المال بالباطل وما نهى عنه النَّبي ﷺ من المعاملات - كبيع الغرر، وبيع الثمر قبل بدوّ صلاحه، وبيع السنين، وبيع حبل الحبل، وبيع المزابنة، والمحاقلة، وبيع الحصاة، وبيع الملاقيح والمضامين، ونحو ذلك - هي داخلة إما في الرِّبا، وإما في الميسر، وإما في الغرر والجهالة.

وتحديد شروط خاصة في قضايا الأحوال الشخصية هو للحفاظ على الأعراض وتقديس روابط الأسرة وبقاء النوع الإنساني.

وتشريع الجهاد والدفاع عن النفس مطلوب لردِّ العدوان ودفع الظلم وحماية كيان الأمة ومقدراتها وإعلاء كلمة الحق ونشر دعوة الله الإصلاحية في بقاع الأرض[(١)].

وإباحة الطيبات هو من أجل تكريم الإنسان. وتحريم الخبائث وبعض أنواع لحوم الحيوان: هو من أجل حفظ الصحة وعدم مصادمة الطبع السليم والبعد عن كل ما يلحق بالجسد والعقل من الأضرار وصنوف الأذى، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ ﴿١٦٨﴾﴾ [البقرة: ٢/١٦٨]، ويقول رسول الله ﷺ: «لا ضَرَرَ ولا ضِرار»[(٢)].

وتنظيم الإرث تنظيماً تفصيلياً في القرآن والسُّنة: هو لضمان توزيع المال توزيعاً عادلاً ولتفتيت الثروة وعدم تكديسها في أيدي فئة قليلة، وللبعد عن إثارة المنازعات والأحقاد بين الأقارب.

لهذه المعاني كلها وجب أن يكون مقياس اعتبار المصلحة والمفسدة ومعيار

---

(١) راجع بحث أسباب الشرائع في كشف الأسرار على أصول البزدوي - المجلد الثاني، ٦٥٩ وما بعدها، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٤٦/١ وما بعدها.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ مرسلاً، وأحمد في مسنده، والحاكم في المستدرك، والبيهقي والدارقطني وابن ماجه.

النفع والضرر هو تقدير المشرع الحكيم وهو الله سبحانه، لما في ذلك من ثبات وخلود وضمان أكيد لمصلحة الفرد والجماعة، وتهيئة الإنسان في الحياة الدنيا للحياة الأخرى[1].

أما إن ارتبط تقدير النفع والضرر بإرادة بشرية، فإن الأنظمة تكون غالباً عرضة للعبث والتلاعب والإخلال بالمصلحة العامة، لأن ما يتخيله الناس نفعاً أو ضرراً يتأثر عادة بالأهواء والأغراض الخاصة، أو يكون محصوراً في دائرة ضيقة، أو منظوراً إليه من زاوية معينة، أو قاصراً غير شامل، مما يجعل التشريع مطعوناً فيه بالنقص أو عرضة للتغير والتبدلات التي لا صلة لها بتغير وجه المصلحة، وعندئذ تسوء الحال ويعم الفساد وتضطرب الأوضاع، ويكثر التبرم والسخط؛ ولا سيما على الأخص عند التأثر بالأهواء الخاصة، فقد يرى الإنسان ما هو ضار نافعاً، فيستحل السرقة أو شرب الخمر مثلاً، وقد يرى ما هو نافع ضارّاً، فيجد في الزكاة مثلاً نقصاً لماله، مع أنها تطهير للمال، وقضاء على الفقر، كما قد يرى الرجل الخروج إلى الجهاد ضارّاً به، مع أن فيه رعاية لمصالح الجماعة وحماية البلاد، قال تعالى: ﴿وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ لَفَسَدَتِ ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ﴾ [المؤمنون: ٧١/٢٣].

مقارنة:

يتبين مما ذكرت أن نظام الإسلام يسمو بالإنسان نحو الكمال والرفعة، أما القانون فهو ينشد غاية نفعية أو عملية هي بقاء المجتمع، فهو أحياناً يقرُّ الواقع الذي ارتضاه المجتمع، ويتغاضى عن المثل العليا التي يحرص عليها الإسلام، وبقية الأديان[2]، فالقانون مثلاً يحمي حقَّ الغاصب إذا استمر وضع يده مدة معينة وهو ما يعرف بالتقادم المكسِب، كما يقضي بسقوط الحق إذا سكت صاحبه عن المطالبة به فترة محددة وهو ما يعرف بالتقادم المسقِط، وهذا ما يأباه الإسلام، لأن الغصب مهما طال حرام، ولا يكون الحرام بأية حال سبيلاً للملك الطيب.

---

(١) الموافقات للشاطبي ٣٧/٢ وما بعدها.

(٢) انظر محاضرات في نظرية القانون للدكتور محمد علي إمام: ١٠ وما بعدها، ٢٦ وما بعدها.

والقانون يعتبر القرض بفائدة محدودة جائزاً، مع أنه في الإسلام حرام، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمۡ تَفۡعَلُواْ فَأۡذَنُواْ بِحَرۡبٖ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦۖ وَإِن تُبۡتُمۡ فَلَكُمۡ رُءُوسُ أَمۡوَٰلِكُمۡ لَا تَظۡلِمُونَ وَلَا تُظۡلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾﴾ [البقرة: ٢/٢٧٨-٢٧٩]. والقانون يبيح أيضاً الاتِّجار في المسكرات، وفتح دور اللهو والفساد، والإسلام يحظر ذلك حظراً كاملاً محافظة على الكرامة الإنسانية من الابتذال، وعلى الصحة البشرية من التَّردي والانهيار. والقانون قد يمنع أحياناً أشياء مباحة أو واجبة في التشريع السماوي كمنع الاجتماعات وتعطيل مبدأ الشورى وحجر الحريات وعدم تطبيق العقوبات الشرعية الملائمة للجناة، تحت ستار الرحمة المزعومة بالإنسان والمدنية الجوفاء.

والإسلام يتميز بنظرة شاملة في تنظيمه لشؤون الحياة ولا سيما الحرام، فهو قد نظم علاقات الإنسان الثلاث: علاقته بخالقه، وعلاقته بنفسه، وعلاقته بمجتمعه، لأنها علاقات متلازمة يستلزم بعضها بعضاً، والعناية بعلاقة منها تؤدي في النتيجة إلى العناية بالعلاقات الأخرى، فكان ذلك في الحقيقة ضامناً تحقيق الهدف الإصلاحي الذي تنشده الجماعة ويحمي مصالحها، أما القانون فهو يقتصر فقط على تنظيم الروابط الاجتماعية، فلا يمنع أمراً إلا إذا كان يمس مصلحة المجتمع، مما يسهل على النفس مخالفة القانون، في حين أنه يصعب على المتدين المؤمن حقّاً مخالفة حكم الشريعة، ومن هنا يمكن في نطاق القانون أن تتعرض المصلحة أو المنفعة التي تهدف الشريعة إلى تحقيقها لتيارات وعواصف تعصف بها أحياناً بل غالباً.

المطلب الثاني - الحرام والمباح ومفهوم كل منهما وقواعد النظام العام والآداب:

الحرام والمباح ضدّان، لأن الإباحة ضدَّ الحظر .**فالمباح** هو ما أذن الشرع في فعله، أو خيِّر المكلف بين فعله وتركه دون أن يتعلق بفعله مدح أو ذم، أو ثواب أو عقاب، مثل كل ما أباحه الله لنا من طيبات الرزق، والاستمتاع بنعيم الحياة الذي لم يرد نص في الإسلام يجعله حراماً؛ أو كل ما أباحه المرء لغيره للانتفاع به مع بقاء عينه كما في حال الإعارة والإجارة، أو لاستهلاكه كما في حال الضيافة، أو

ما أذن فيه **الشرع** لدفع الضرر استثناء من المحظور عادة، مثل أكل الميتة للمضطر، وأكل النجاسات والخبائث اضطراراً، وقتل القاتل وتطبيق العقوبات والحدود على الزناة والسراق وقطاع الطرق ونحوهم للزجر، وقطع بعض الأعضاء للتداوي أو لحصر الداء في مكان معين.

والحرام هو ما طلب المشرع تركه حتماً بحيث يذم فاعله ويعاقب على ارتكابه في الآخرة، وقد ينضم إليه عقاب في الدنيا، مثل أكل أموال الناس بالباطل، وقتل النفس بغير حق، وإيذاء الناس بالقول أو بالفعل، وتناول كل ما يضر بالجسد أو بالعقل، واقتراف الفواحش، وانتهاك الأعراض ونحوها من كل ما فيه ضرر غالب. فالحرام يتناول كل شيء ممنوع صادر من الشخص، سواء أكان من الأقوال المحرمة كالغيبة والنميمة ونحوهما، أو من الأعمال القلبية كالحقد والحسد ونحوهما، أو من أفعال الجوارح كالسرقة وشرب الخمر والزِّنا ونحوها[(١)].

وقد قسم الحنفية الحرام على نوعين: حرام لذاته، وحرام لغيره[(٢)]. فالحرام لذاته هو ما حكم المشرع بتحريمه لما فيه من ضرر ذاتي أو مفسدة قبيحة ذاتية؛ كالزنا، والسرقة، والغصب، والصلاة بغير طهارة، وأكل الميتة، ونكاح المحارم، وشرب الخمر، وأكل لحم الخنزير، وقتل النفس من دون حق، وأكل أموال الناس ظلماً، ونحوه مما اشتمل على مفسدة ومضرة تمس أصول الديانات، وهي حفظ الدين والعقل والمال والنفس والنسل.

والحرام لغيره هو ما يكون في أصله مشروعاً، ولكن اقترن به عارض اقتضى تحريمه؛ كالصلاة في ثوب مغصوب، والبيع الذي فيه غش، أو البيع وقت النداء لصلاة الجمعة، وصوم يوم العيد، وصوم الوصال[(٣)]، وزواج المحلِّل (التيس المستعار)[(٤)]، والبيع المشتمل على الرِّبا، أو المقترن بشرط فاسد كاشتراط القرض

---

(١) راجع أصول الفقه للمؤلف ١/ ٨١ وما بعدها.

(٢) التلويح على التوضيح ٢/ ١٢٦، مرآة الأصول ٢/ ٣٩٤.

(٣) صوم الوصال هو متابعة الصيام ليلاً ونهاراً يومين فأكثر حسب الطاقة.

(٤) قال رسول الله ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له» رواه أحمد في مسنده وأصحاب السُّنن عن علي، ورواه الترمذي والنَّسائي عن ابن مسعود، وأخرجه الترمذي عن جابر، وهو حديث صحيح.

في البيع، والاستقراض بفائدة، والنظر بسوء إلى المرأة، ونحو ذلك مما طرأ عليه التحريم لعارض اقتضى تحريمه، فالفعل في ذاته مشروع لا مفسدة فيه ولا مضرة، ولكن اعترضه ما جعله مفسدة ومضرة، فالصوم عموماً مشروع بحسب الأصل، لكنه يحرم صوم يوم العيد، لما يترتب عليه من الإعراض عن ضيافة الله تعالى في ذلك اليوم، والبيع حلال في ذاته، إلا أنه يحرم إذا اشتمل على فائدة محرمة، أو كان سبباً لإضاعة صلاة الجمعة. وهكذا.

ولا يترتب على هذه القسمة للحرام أثر فيما يهمّنا من بحثنا، لأن قصدنا بيان أسباب التحريم، فسواء أكان التحريم لما اشتمل عليه الحرام لضرر في ذاته أم لوصف عارض له، فإن الغاية من المنع واحدة، وهي وجود الضرر أو المفسدة القبيحة في الحرام. وهكذا نجد أن **سبب كل ما حرم في الإسلام هو من أجل وجود أضرار شخصية أو اجتماعية أو دينية**: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَٱلْإِثْمَ وَٱلْبَغْيَ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ وَأَن تُشْرِكُوا۟ بِٱللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِۦ سُلْطَٰنًا وَأَن تَقُولُوا۟ عَلَى ٱللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ [الأعراف: ٧/ ٣٣].

من أمثلة ذلك في المطعومات أن الله سبحانه حرَّم الميتة وما في معناها من المنخنقة والموقوذة والمتردِّية والنَّطيحة وما أكل السَّبُع، وحرم أيضاً الدم المسفوح ولحم الخنزير، لما فيهما من سميات أو ديدان أو أضرار صحية أو معنوية، ولأن الدم يستقذره ويعافه الطبع السليم، وأما تحريم ما ذبح لغير الله بأن ذكر اسم غير الله عليه فهو لحماية مبدأ التوحيد ومحاربة كل مظاهر الشرك والوثنية.

وفي المشروبات حُرِّم الخمر والمسكر، كما حرم كل مخدر لما فيها من أضرار صحية واجتماعية بقطع الصلات وإيقاع العداوة والبغضاء، وأضرار دينية بالصَّدِّ عن ذكر الله وعن الصلاة، وهي أسباب تحريم القمار.

وفي الألبسة والزينة حرِّم الحرير والذهب على الرجال لمنافاتهما لطبيعة الرجولة الحقّة، ولأنهما مظهر التَّرف، ومبعث العجب والخيلاء.

وفي الأموال والعقود حرِّم كل ما يؤدي إلى المنازعة بين الناس وأكل الأموال بالباطل والميسر أو القمار، والظلم والغش والخديعة، والاستغلال والاحتكار

والتلاعب بالأسعار، لما فيها من أضرار اجتماعية، وإيجاد منازعات وأحقاد وخصومات تشل من فاعلية الأمة، وتعطل نشاطها التجاري وتؤجج نار الفتنة والعداوات بين أبناء المجتمع.

وفي الأعراض والكرامات حُظر كلّ ما يمسها بسوء من زنا وقذف وشتم وإهانة؛ لأن الأعراض حرمات الله في الأرض، والتعرض لها يؤدي إلى أسوأ النتائج الأدبية والصحية والتربوية.

وفيما يتعلق بالأمن وحفظ النظام حرِّم القتل والنهب والسلب والغصب والإرهاب، وارتكاب الجرائم المختلفة التي تصادم شعور الناس، وتهدد اطمئنانهم، وتخلُّ بأمنهم وراحتهم، لما فيها من قلق واضطراب ومصادرة للأمن والسكينة التي هي أكبر نعمة على الإنسان بعد الإيمان.

وسائل الحرام:

من المبادئ المقررة في شريعة الإسلام أن وسيلة المحرم حرام ووسيلة الواجب واجبة، بناء على القاعدة المنطقية الضرورية وهي: «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب»، والمبدأ المعروف بسدِّ الذرائع، فالفاحشة حرام، والنظر إلى عورة المرأة الأجنبية أو الخلوة بها في مكان خاص حرام، لأنه يؤدي إلى الفاحشة غالباً، إذ إن العين بريد الزِّنا. وقد نهى الإسلام عن التباغض والتفرق، ونهى عن كل ما يؤدي إليهما، فنهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، وأن يستام على سوم أخيه، أو يبتاع على بيعه، لأنه ذريعة إلى التباغض المنهي عنه.

ويحرم قضاء القاضي بعلمه الشخصي في الحوادث، لأنه وسيلة إلى القضاء بالباطل إذا كان الشخص من قضاة السوء.

ويحرم بيع السلاح في الفتنة عند الإمامين أحمد ومالك، لأنه إعانة على العدوان غالباً[١].

وتحرم الخطوات التي يخطوها المسلم للوصول إلى أماكن المعاصي، كما تحرم

---

(١) الفروق للقرافي ٢/ ٣٢ وما بعدها، الموافقات للشاطبي ٢/ ٣٥٢، أعلام الموقعين ٣/ ١٤٧.

كل التسهيلات التي يقدمها غير مرتكب المعصية له مثل حامل الخمر وساقيها وعاصرها.

ويحرم كل ما يبني بيوت العبادة الباطلة أو يسهل ارتيادها.

قال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام: «للوسائل أحكام المقاصد، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد هي أفضل الوسائل، والوسيلة إلى أرذل المقاصد هي أرذل الوسائل»[١].

عموم الحرام:

بما أن القصد من تحريم الحرام هو تجنُّب الضرر أو الابتعاد عن المفسدة التي فيه، فالواجب يقضي بأن يتصف الحرام في الإسلام بصفة الاطِّراد والشمول والتعميم، لا فرق في ذلك بين شخص وشخص، ولا بين فئة وفئة، ولا بين مكان ومكان، فسواء أكان المسلم حاكماً أم فرداً عادياً، وسواء أكان في بلاد الإسلام أم في ديار الكفار، فإنه يحرم عليه ارتكاب المحرمات والمحظورات في دين الله، قال الإمام الشافعي رضي الله عنه: «ومما يوافق التنزيل والسُّنة ويعقله المسلمون ويجتمعون عليه أن الحلال في دار الإسلام حلال في بلاد الكفر، والحرام في دار الإسلام حرام في بلاد الكفر، فمن أصاب حراماً فقد حدَّه الله على ما شاء منه، ولا تضع عنه بلاد الكفر شيئاً»[٢]. وبناء عليه قال مالك والأوزاعي وأبو يوسف والشافعي وإسحاق[٣]: يحرم الرِّبا في دار الحرب كتحريمه في دار الإسلام، لإطلاق النصوص الدالة على التحريم، مثل قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾، ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٧٥]، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٧٨].

فليس في الإسلام امتيازات خاصة بالأسرة الحاكمة أو ما يسمى بطبقة الأشراف، كما أنه لا تفرقة بين مسلم وغير مسلم في المساواة أمام القانون،

---

(١) قواعد الأحكام ٤٦.
(٢) الأم ٤/ ١٦٥، ٢٢٢.
(٣) المغني ٤/ ٣٩.

فالحظر موجه للجميع، والعقاب مطبق على الناس كافة، قال رسول الله ﷺ قبيل انتقاله إلى الرفيق الأعلى: «ألا من كنت جلدت له ظهراً، فهذا ظهري، فليستقد، ومن كنت شتمت له عرضاً، فهذا عرضي فليستقد منه»[١]، أي فليقتص. وقال أيضاً: «من حالت شفاعته دون حدٍّ من حدود الله، فقد ضادَّ الله في أمره»[٢]، وفي رواية: «فقد ضاد الله في ملكه»[٣]، وخطب الرسول ﷺ بمناسبة قصة المرأة المخزومية التي سرقت وحاولت قريش الشفاعة لها حتى لا تقطع يدها، فقال: «يا أيها الناس، إنما ضلَّ من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحدّ، وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد[٤] سرقت لقطع محمد يدها»[٥].

وفي كتاب أمير المؤمنين عمر إلى سعد بن أبي وقاص: «إن الله ليس بينه وبين أحد نسب إلا بطاعته، والناس شريفهم ووضيعهم في ذات الله سواء».

الاحتياط في الحرام:

على المسلم أن يحتاط في أمر الحرام، فيجنب نفسه الوقوع فيه، أو الانزلاق في مدارجه، وإذا اشتبه عليه الأمر، عدّه حراماً أخذاً بمبدأ سدِّ الذرائع المقرر في الإسلام. وأصل هذا ما رواه النعمان بن بشير قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الحلال بيِّن، وإن الحرام بيِّن، وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتَّقى الشُّبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات، وقع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى، يوشك أن يَرْتع فيه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا وإن حمى الله محارمه»[٦].

وقد حدّد الرسول ﷺ ضابطاً حساساً للمؤمن التَّقي الملهم بالحق والصواب في

(١) من رواية الفضل بن عباس (الكامل لابن الأثير ٢/ ١٥٤).
(٢) أخرجه أبو داوود والحاكم وصححه من حديث ابن عمر.
(٣) أخرجه الطبراني من حديث أبي هريرة مرفوعاً.
(٤) وحاشا مقامها الشريف.
(٥) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد من حديث عائشة.
(٦) رواه البخاري ومسلم.

التمييز بين الحلال والحرام، فقال: «البر حسن الخلق، والإثم ما حاك في الصدر، وكرهت أن يطَّلع عليه الناس»(١).

قال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام: «الضابط فيما يخفى من المصالح والمفاسد من غير تعبُّد أنه مهما ظهرت المصلحة الخلية عن المفاسد يسعى في تحصيلها، ومهما ظهرت المفاسد الخلية عن المصالح يسعى في درئها، وإن التبس الحال احتطنا للمصالح بتقدير وجودها وفعلناها، وللمفاسد بتقدير وجودها وتركناها»(٢). وإذا تعارض دليلان في ظنِّ المجتهد، وكان أحدهما يقتضي التحريم والآخر الإباحة، قدِّم التحريم. وبعبارة أخرى: إذا كان حكم أحد النَّصين الحظر، والآخر الإباحة، يقدم الحاظر على المبيح عند جمهور العلماء(٣) لقوله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»(٤)، وقوله: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال»(٥)، ولأن الاحتياط يقتضي الأخذ بالتحريم، لأن التحريم يوجب ترك الفعل، فإن كان الفعل حراماً في الواقع ففي ارتكابه ضرر؛ وإن لم يكن حراماً في الواقع بأن كان مباحاً، فلا ضرر عليه في تركه، لأنه لا عقاب في ترك المباح. والسبب في هذا التَّشدد تجنيب الناس الوقوع في الضرر، والمفاسد القبيحة التي تؤذيهم في أموالهم وأنفسهم وأعراضهم وعقولهم.

قال رسول الله ﷺ: «إن الله تعالى فرض فرائض فلا تضيعوها، وحدَّ حدوداً فلا تعتدوها، وحرَّم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة لكم، غير نسيان فلا تبحثوا عنها»(٦). وأوضح الرسول عليه الصلاة والسلام مبدأ اجتناب المحرم بكل الوسائل وفي جميع الحالات العادية، فقال: «ذروني ما تركتكم عليه،

---

(١) رواه مسلم عن النوَّاس بن سمعان.

(٢) قواعد الأحكام ١/ ٥٠، ط الاستقامة.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ١٤٤، مخطوط قواعد الزركشي ق ١٢ - أ (أي ورقة ١٢ الوجه الأول من الورقة).

(٤) رواه الترمذي والنَّسائي عن الحسن بن علي، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٥) قال العراقي عنه: لا أصل له أي لا سند له، وضعفه البيهقي، وأخرجه عبد الرزاق موقوفاً على ابن مسعود، وذكره الزيلعي مرفوعاً.

(٦) حديث حسن رواه الدارقطني وغيره عن أبي ثعلبة الخشني. والمراد بقوله «وحدّ حدوداً» أي بيَّن وعيَّن أحكاماً، كحدِّ الزِّنا والسرقة، وقطع الطريق أو المحاربة.

فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، ما نهيتكم عنه فانتهوا، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم»[١]، لهذا كان لزاماً على المسلم أن يجتنب أولاً ما حرَّمه الشارع أو ما نهى عنه قبل أن يفعل ما أمر به، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح. ومن المعروف أن الإسلام لم يحرم شيئاً على الناس إلا أحلَّ خيراً منه مما يسدُّ مسدَّه ويغني عنه، وهو يدلُّ على سماحة هذا الدين وإرادته الخير والهداية والرحمة.

مقارنة:

تنقسم القواعد القانونية - كما هو معروف - إلى قواعد آمرة وناهية، وقواعد مقررة أو مفسِّرة أو مكملة فهي قواعد يجوز للأفراد الخروج عليها باتفاق خاص، وهم لا يلتزمون بحكمها إلا في حالة عدم حصول اتفاق على خلافها.

فهناك قواعد قانونية تضع تنظيماً معيناً، لا يجوز للأفراد الخروج عليه بتاتاً، وإذا اتفقوا على خلافه، كان اتفاقهم باطلاً لا قيمة له ولا أثر له مطلقاً، فمثلاً القاعدة القانونية التي تحرم القتل أو السرقة، يلتزم الأفراد دائماً باحترامها، ولا يجوز لهم مطلقاً التَّحلل منها عن طريق الاتفاق على خلافها، وهذه هي القواعد الآمرة.

وعلى عكس ذلك، توجد قواعد نظمها القانون، ولكن يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فمثلاً القاعدة التي تقضي بأن ثمار المبيع ونماءه تكون للمشتري من يوم المبيع [المادة (٤٢٦) من القانون المدني السوري، المادة (٤٥٨) من القانون المدني المصري] يصح للبائع والمشتري الاتفاق على ما يخالفها، كأن يتفق مثلاً على أن الثمار تبقى للبائع حتى يوم تسليم المبيع، وفي مثل هذه الحالة يطبق الاتفاق[٢]، فمثل هذه القواعد تعدّ معبرة عن إرادة الأفراد ضمناً في حال عدم الاتفاق الصريح على تطبيق حكم آخر.

---

(١) رواه أحمد في مسنده، ومسلم والنَّسائي وابن ماجه عن أبي هريرة.

(٢) انظر على سبيل المثال أيضاً المادة (٤٣١) مدني سوري، (٤٦٣) مدني مصري، في تحديد مكان تسليم المبيع، وهو المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع، إذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف يحدد مكان التسليم.

هذا وقد يطلق على القواعد الآمرة أو الناهية اسم **قواعد النظام العام والآداب،** وهي مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بمصالح أساسية أو عامة للجماعة تعلو على مصالح الأفراد؛ أو هي كل ما يحقق مصلحة عامة تمسُّ النظام الأعلى للمجتمع. وهذه المصلحة إما أن تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية. والنظام العام عبارة عن فكرة نسبية، إذ هو يتمشى مع التطورات الأساسية والاجتماعية والاقتصادية والخلقية السائدة في الزمان والمكان، وبناء عليه، فإنه يضيق ويتسع تبعاً لهذه التطورات أو حسب النزعة الفردية أو الاشتراكية التي تسود المجتمع. فالمذهب الفردي يطلق الحرية للفرد، فهو لا يقبل تدخل الدولة في نشاطه إلا بالقدر الضروري، كما أنه يقدس مبدأ سلطان الإرادة، فلا يعدل في العقد بدعوى حماية الضعيف ضدّ القوي، وبذلك تضيق هنا دائرة القواعد الآمرة.

أما المذهب الاشتراكي فإنه يقدم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، ويدعو إلى تدخل الدولة في مختلف نواحي النشاط الاجتماعي، وبذلك يتسع نطاق القواعد الآمرة[١].

يظهر من هذا أن القواعد الآمرة في القانون أو قواعد النظام العام والآداب تقابل إلى حدٍّ كبير في اصطلاح فقهاء الإسلام قواعد الحرام أو المحظور المعروفة بحق الله أو حق الشرع أو حق المجتمع، وهو ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى، لعظم خطره وشمول نفعه. وحكمه أنه ليس للإنسان التنازل عنه أو التهاون في إقامته أو الاتفاق على ما يخالفه.

وأما القواعد المفسرة في القانون فتقابل ما هو معروف في الفقه الإسلامي بحق العبد وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة، كحرمة مال الغير، أو ما يقصد منه صيانة مصلحة الفرد، مثل بدل المتلفات، وملك المبيع والثمن، وحبس العين المرهونة للمرتهن، وحق الشفعة، ونحو ذلك من حقوق الأشخاص المالية. وحكمه أنه يجوز

---

(١) انظر نظرية العقد، الجزء الأول للدكتور السنهوري، الطبعة الأولى، ٤٩٠ وما بعدها، مصادر الحق للسنهوري، الطبعة الثالثة، ٣/ ٨١ وما بعدها، محاضرات في نظرية القانون لأستاذنا الدكتور محمد علي إمام، الطبعة الأولى، ١٠٠ وما بعدها.

لصاحبه التنازل عنه بالعفو أو الإبرَاء أو الصُّلح، كما يجوز له استيفاؤه، وكذلك تقابل القواعد المفسرة قانوناً قواعد المباح أو المأذون فيه في الفقه الإسلامي، باعتبار أن الأفراد مخيَّرون فيها بين الأخذ بها وعدم الأخذ.

إلا أنه يلاحظ أن القانون الجزائي جعل لزوج الزانية حقّاً في العقوبة القانونية، فيجوز له أن يعفو عن زوجته، مع أن ذلك لا يجوز شرعاً، لأن عقوبة الزِّنا من حقوق الله، كما أن القانون يقرر في حال العفو عن القاتل سقوط حق الشخص الخاص فقط، ويبقى حق المجتمع الذي تمثله النيابة العامة التي تختص بتحريك الدعوى الجنائية أو العمومية لاستيفاء الحق العام، فالقصاص أو عقوبة الإعدام قانوناً حق للمجتمع، أما في الفقه الإسلامي عند غير الحنفية فهو حق يغلَّب فيه الاعتبار الشخصي.

وكذلك يلاحظ أن دائرة الحرام للصالح العام في نظام الإسلام أوسع منها في القانون؛ لأن غاية القانون - كما بيَّنت سابقاً - غاية نفعية عملية هي إقامة النظام وإقرار السلام داخل الجماعة، وفكرة النظام العام والآداب فيه أمر نسبي يتأثر بالبيئة والجيل. وأما غاية الإسلام فهي حماية المثل العليا والسُّمو بالإنسان نحو الكمال والرفعة، لذا فإن مبادئه ذات قيم ثابتة خالدة، فمثلاً إن القانون المدني[(١)] يجيز للأفراد الاتفاق على فوائد لا تزيد عن ٧٪، بينما تحرِّم الشريعة الإسلامية الفائدة مهما كانت قليلة، كما ذكرت من قبل. والقانون المدني[(٢)] يجيز في البيع أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأُسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد، فيجوز البيع بسعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق يلجأ إلى تحكيم العرف الذي يقضي بأن تكون أسعاره هي السارية.

بينما تمنع الشريعة البيع بثمن مجهول، منعاً لوقوع المنازعات وحماية للعاقد من

---

(١) انظر المادة (٢٢٧) من القانون المدني المصري، (٢٢٨) من القانون المدني السوري.
(٢) انظر المادة (٤٢٣) من القانون المدني المصري، والمادة (٣٩١) من القانون المدني السوري.

الغبن والاستغلال[١]، وفي الجملة: إن نظرية **الغرر** وما تنطوي عليه من تأثير على العقد فتبطله إذا كان محلّه معدوماً أو معجوز التسليم أو مجهولاً غير معين، قد وسعت كثيراً من دائرة النظام العام والآداب في الفقه الإسلامي. كذلك نظرية **الشروط المفسدة** للعقد، ونظام **الرّبا** الذي يتصل بالنظام الاقتصادي والذي يفسد العقد أيضاً، وقد وسَّعا كثيراً من دائرة النظام العام والآداب في الفقه الإسلامي عما هي عليه في الفقه الغربي[٢].

وأما الفعل المباح في القانون الجزائي فهو نوعان: إما أن يكون مباحاً إباحة أصلية، أو مباحاً إباحة طارئة. أما الأول فهو كل ما لم ينص القانون على تحريمه أو توقيع العقاب عليه، أخذاً بقاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني».

وأما النوع الثاني من المباح، فهو المأذون بفعله بعد أن كان ممنوعاً إذا وجد سبب من أسباب الإباحة المنصوص عليها في القانون، مثل حالة الدفاع الشرعي، وتنفيذ الموظف أمر رئيسه، فهذا النوع منصوص على تجريمه أصلاً، ولكنه يباح عند وجود سبب يقتضي الإباحة، وتمتنع المسؤولية المدنية والجنائية عليه.

والخلاصة: أن دائرة الحرام في الإسلام أوسع منها في القانون؛ لأن الإسلام ينظم علاقات الإنسان الثلاث: علاقته بربِّه، وعلاقته بنفسه، وعلاقته بغيره، فكان نطاق التحريم متعدد الجوانب، فيشمل العقيدة، والأخلاق، والسلوك الاجتماعي، أي الوجدانيات والاعتقاديات والعمليات، أي المعاملات.

وبما أن القانون قاصر على تنظيمه الروابط الاجتماعية فقط، فإن دائرة المنع فيه تنحصر فيما يمسُّ المجتمع.

إلا أن التحريم أو المنع لا يكون إلا بنص، سواء في الشريعة أم في القانون، فما طلب المشرع تركه حتماً بنص صريح صحيح أو باجتهاد سديد من المجتهدين فهو الحرام، وما نصَّ القانون على منعه فهو حرام، ففي القانون المدني يعدّ كل

---

(١) انظر أصول البيوع الممنوعة للأستاذ عبد السميع إمام ٧٦، ولكنا سنبين أن ابن القيم أجاز البيع بسعر السوق أي في وقت العقد، لا في زمن مستقبل.

(٢) راجع مصادر الحق للسنهوري، الطبعة الثالثة، ١٠٠ وما بعدها.

ما يصادم النظام العام أو الآداب، وينهى عنه المشرع فهو المحظور. وفي القانون الجزائي يعدّ كل ما نصَّ فيه على منعه أو تجريمه أو إيقاع العقوبة عليه فهو المحظور.

وأما **المباح في القانون المدني** فدائرته أوسع منها في الفقه الإسلامي، إذ إن العقد قانوناً شريعة المتعاقدين. وأما في الفقه، فإن مخالفة شروط العقد المطلوبة شرعاً تجعل العقد غير صحيح.

وأما **المباح في القانون الجنائي**: فيلتقي مفهومه - إذا كانت الإباحة أصلية - مع المقصود منه في الفقه الإسلامي، بمعنى أن الشيء مخير فيه بين الفعل والترك دون ثواب ولا عقاب عليه؛ إلا أن القانون الجنائي يجعل كل ما لم ينص على منعه أو تجريمه فهو مباح. أما الفقه الإسلامي، فإن المباح فيه هو ما دلَّ الدليل الشرعي على التخيير فيه، أو حكم به الحاكم العادل في حدود قواعد الشرع، وبحسب تقديره للمصلحة العامة للناس.

فإن كان المباح مباحاً إباحة طارئة في القانون فهو يشبه في الفقه الإسلامي كل ما ارتفع عنه الحظر أو المنع في حالات خاصة كإباحة دم المرتد، وإباحة الممنوع شرعاً تعاطيه عند وجود الضرورة وهو محل البحث هنا، مثل إباحة أكل الميتة، وتناول الدم، وشرب الخمر للمضطر أو المستكره(١).

المطلب الثالث - هل الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة أو التحريم؟

لقد بحث علماء الإسلام في الأشياء والأعيان والأفعال والتصرفات التي لم يرد في الشريعة نص في شأنها، فهل هي مباحة أو محظورة؟

١ - قال جماعة: وهم بعض المعتزلة وابن حامد والقاضي أبو يعلى من الحنابلة: الأصل فيها الحظر والمنع.

٢ - وقال آخرون: وهم الأشعرية وعامة أهل الحديث وأبو الحسن الخرزي من الحنابلة والواقفية (وهم الذين يقفون في الأحكام عند تجاذب الأدلة لها):

---

(١) راجع نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للأستاذ محمد سلام مدكور، ٤٤ - ٦٢.

نتوقف في إصدار الحكم حتى يظهر الدليل، إذ لا ندري هل هناك حكم أو لا[١]؟

٣ - وقال بعض الشافعية: الأصل في الأشياء النافعة هي الإباحة، وفي الأشياء الضارة هو الحرمة.

٤ - والمختار عند جمهور الحنفية والشافعية والظاهرية وجماعة من الحنابلة وأبي هاشم والجبائي من المعتزلة: أن الأصل في الأشياء الإباحة. وقد أيَّد كل فريق رأيه بأدلة لا مجال لذكرها الآن، إذ إنها لا تخلو من الضعف[٢].

وإني أرجح الرأي القائل بأن الأصل في كلّ الأشياء والأفعال التي لم يرد نص بشأنها هو الإباحة، ولا يحرم شيء إلا بنص صريح واضح الدلالة صحيح. وأدلة ذلك ما يأتي:

١ - قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢/ ٢٩][٣]، ووجه الدلالة أن الباري تعالى أخبر بأن جميع المخلوقات الأرضية للعباد، لأن (ما) موضوعة للعموم، واللام في (لكم) تفيد الاختصاص على جهة الانتفاع للمخاطبين، أي إن ذلك مختص بكم، فيلزم منه أن يكون الانتفاع بجميع المخلوقات مأذوناً فيه شرعاً، وهو ما يراد إثباته.

٢ - قوله سبحانه: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ﴾ [الأعراف: ٧/ ٣٢]، فإنه تعالى أنكر بهذا الاستفهام على من حرَّم الزينة، فوجب

(١) حتى إن من لم يبلغه الشرع يتوقف ولا يتناول شيئاً، فإن تناول لم يوصف فعله بحلّ ولا حرمة. وقال عبد القاهر البغدادي: لا يستحق ثواباً ولا عقاباً.

(٢) الإباحة، المرجع السابق ٤٩٦ وما بعدها، نهاية السول للإسنوي، وشرح البدخشي ٣/ ١٥٢ وما بعدها، المواهب السَّنية شرح نظم القواعد الفقهية بهامش الأشباه للسيوطي ١٠٧، المدخل إلى مذهب أحمد ٦٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ٩٧ وما بعدها، الدّر المختار ورد المحتار ٣/ ٢٦٧، ط البابي الحلبي، المعتمد لأبي الحسين البصري ٢/ ٨٦٨، الإحكام لابن حزم ٨٧٠، نيل الأوطار ٨/ ١٠٧، إرشاد الفحول ٢٥١، أصول الفقه للخضري ٣٤٤، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ٢٨٤.

(٣) ومثل هذه الآية قوله تعالى: ﴿وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ﴾ [الجاثية: ٤٥/ ١٣].

ألا تثبت حرمته، وإنكار التحريم يقتضي انتفاءه وعدم ثبوت الحرمة في أي شيء من الطيبات وزينة الله، وإذا انتفت الحرمة ثبتت الإباحة.

٣ - قوله تعالى: ﴿ٱلۡيَوۡمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُۖ﴾ [المائدة: ٥/٥]، فإن اللام في (لكم) تدل على أن الطيبات مخصوصة بنا. والمراد بالطيبات ما تستطيبه النفس ويستحسنه الطبع، وليس المراد من الطيب الحلال، وإلا وجد التكرار في الآية.

٤ - قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٖ يَطۡعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيۡتَةً﴾ [الأنعام: ٦/١٤٥]، فإنه تعالى جعل الأصل الإباحة، والتحريم مستثنىً.

٥ - قول الرسول ﷺ: «إن أعظم المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم، فحرم على السائل من أجل مسألته»[١]، فدلَّ على أن ما لم ينص على تحريمه فهو مباح.

٦ - قوله عليه الصلاة والسلام جواباً على من سأله عن بعض المطعومات: «الحلال ما أحلَّه الله في كتابه. والحرام ما حرَّمه الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه»[٢]. فقد أحال السائل على قاعدة يرجع إليها في معرفة الحلال والحرام، وهو أنه يكفيه معرفة ما حرَّم الله، فيكون كل ما عداه حلالاً طيباً.

وقال ﷺ: «إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحدَّ حدوداً فلا تعتدوها، وحرَّم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمةً لكم غير نسيان، فلا تبحثوا عنها»[٣]، فدلَّ على أن المسكوت عنه مباح، معفو عنه.

٧ - الدليل العقلي وهو أن الانتفاع بما سكت عنه المشرع انتفاع بما لا ضرر فيه على المالك، ولا على المنتفع، كالاستضاءة بضوء الغير، والاستظلال بجداره، فكان الحكم بحلِّ الأشياء غير المنصوص على حكمها هو المتفق مع سنن الفطرة والطبيعة.

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد من حديث سعد بن أبي وقاص (نيل الأوطار ٨/١٠٦).
(٢) أخرجه الترمذي وابن ماجه عن سلمان الفارسي (نيل الأوطار ٨/١٠٦).
(٣) رواه الدارقطني وحسَّنه النووي.

٨ - إن الله سبحانه خلق الأشياء لحكمة، لقوله عزَّ وجلَّ: ﴿وَمَا خَلَقْنَا ٱلسَّمَآءَ وَٱلْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لَٰعِبِينَ ﴿١٦﴾﴾ [الأنبياء: ٢١/١٦]، وقوله: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَٰكُمْ عَبَثًا﴾ [المؤمنون: ٢٣/١١٥]، وهذه الحكمة هي من أجل انتفاع المخلوقات بها.

٩ - إن تكليف الناس بدون بيان ما كلفوا به تكليف بما لا يطاق، وهو قبيح، تعالى الله عنه. يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًۢا بَعْدَ إِذْ هَدَىٰهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُم مَّا يَتَّقُونَ﴾ [التوبة: ٩/١١٥]، يعني أن الله لا يحكم على قوم بالضلالة والمعصية حتى يبين لهم المعاصي وموجبات الضلالة فيرتكبونها، وما قبل ذلك لا يكون الفعل حراماً.

يتبين من كلّ هذا أن المسكوت عنه في الشريعة مباح حلال، سواء أكان من الأشياء والأعيان أم من الأفعال والتّصرفات المدنية أو (المعاملات والعادات)، فالأصل فيها عدم التحريم، لأن قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ٦/١١٩] عام في كلّ شيء.

أما **العبادات** فلها صفة دينية محضة لا يشرع فيها شيء إلا بحسب ما يرضي المشرع الحكيم، وإلا كان بدعة. ومن هنا قرّر فقهاؤنا العظام هذه القاعدة الفقهية: «لا تشرع عبادة إلا بشرع الله، ولا تحرَّم عادة إلا بتحريم الله». والعادات كلّ ما اعتاده الناس في حياتهم مما يحتاجون إليه، وهو يشمل كلّ عقود البيع والإيجار والهبة والشركة ونحوها.

هذا.. وأما ما ثبت ضرره فهو حرام لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضَرَر ولا ضِرار في الإسلام»[1].

وقد فرَّع ابن نجيم المصري على قاعدة «الأصل في الأشياء الإباحة» الكلام في حكم بعض الأشياء، فأباح أكل الحيوان المشكل أمره، والنبات المجهول سميته، ومنه الدخان، والزرافة الحيوان المعروف، كما أنه حكم بالإباحة فيما إذا لم يعرف حال النهر هل هو مباح أو مملوك، وفيما إذا دخل حَمَامٌ برجَ إنسان وشكَّ هل هو

(١) سبق تخريجه بدون القيد الأخير (في الإسلام)، وروى الطبراني هذا اللفظ عن جابر ولكن في سنده طعن.

مباح أو مملوك[١]. ومن تطبيقات هذا المبدأ أنه لو دخل رجل على سلطان فقدم إليه شيئاً من المأكولات، فلا بأس إن أكل منها، لأنه لا يعلم بالحرمة، والأصل في الأشياء الإباحة، إلا أن هذا الرجل إن كان يعلم أن السلطان غصب هذا المأكول بعينه، فلا يحل له أن يأكل ذلك.

مقارنة:

إن وجود ما يسمى عند فقهاء القانون بالقواعد الآمرة أو النظام العام والآداب يعطينا فكرة واضحة عن الأصل العام في الأشياء لدى القانونيين، ألا وهو الإباحة. ففكرة النظام العام أو القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها، لأنها تتعلق بالمصلحة العامة العليا للجماعة، هذه الفكرة نجدها في كلّ فروع القانون، ولكنها أكثر ظهوراً في نطاق القانون العام منها في مجال القانون الخاص، فقواعد القانون الدستوري من النظام العام، لأنها تتعلق بالتنظيم السياسي للجماعة.

ومثلها روابط القانون الإداري والقانون المالي، إذ هي تتصل بالتنظيم الإداري والمالي للدولة وتكفل مصالح عامة للجماعة؛ وكذلك كلّ ما يتصل بالنظام القضائي أي بتشكيل المحاكم وولايتها يعتبر من النظام العام؛ لأنه ينظم السلطة القضائية وهي إحدى السلطات العامة في الدولة؛ وقواعد القانون الجنائي تعتبر أيضاً داخلة في نطاق النظام العام، إذ إن وظيفتها هي رعاية الأمن في داخل الجماعة.

وفي نطاق القانون الخاص نجد للنظام العام مجالاً وإن كان محدوداً فقواعد الأحوال الشخصية، والقواعد المتعلقة بالحالة المدنية للشخص، وأهليته وعلاقته بأسرته، تعتبر من النظام العام. وإذا كان المبدأ السائد في دائرة المعاملات المالية هو حرية الأفراد في تنظيمها أو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، فإن هناك من الروابط المالية ما يعتبر من النظام العام، مثل القواعد المتعلقة بالائتمان العام، وبالاقتصاد القومي كتحديد حدٍّ أقصى لسعر الفائدة، وتنظيم الشركات والبنوك والملكية العقارية وقوانين الإصلاح الزراعي ونحوها[٢].

---

(١) الأشباه والنظائر ١/ ٩٧.

(٢) محاضرات في نظرية القانون لأستاذنا الدكتور محمد علي إمام، ١١٢ وما بعدها.

فما جعله المشرع الوضعي من قواعد النظام العام هو الممنوع، وما عداه جائز. وهذا ما تقرره الشريعة الإسلامية فإن المبدأ العام فيها هو إباحة الأشياء ما لم يرد نص، وخصوصاً في نطاق القانون الجزائي، فقد سبق الفقهاء المسلمون إلى معرفة قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، كما يتضح من القاعدتين التاليتين:

١ - «لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص».

٢ - «الأصل في الأشياء الإباحة».

ومصدر القاعدتين قول الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٧/١٥]، وقوله: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ ٱلْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِىٓ أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُوا۟ عَلَيْهِمْ ءَايَـٰتِنَا﴾ [القصص: ٢٨/٥٩]، وقوله جلَّ وعلا: ﴿رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌۢ بَعْدَ ٱلرُّسُلِ﴾ [النساء: ٤/١٦٥]، فهذه النصوص قاطعة بأن لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار[١].

وملخص القول: أن الشريعة والقانون يلتقيان في أنه إذا لم يكن هناك نص مانع من شيء فهو مباح؛ ولكن ينبغي أن يلاحظ أن المنصوص عليه قانوناً صريح محصور في دائرة التقنين الموضوع، أما المنصوص عليه شرعاً فهو غير مقنن، فقد يكون التحريم مأخوذاً من نص القرآن الكريم، أو السُّنة النَّبوية، أو من إجماع الأمة، أو من اجتهاد المجتهدين في الإسلام. وبناء عليه يمكن أن يكون النَّص الشرعي المانع صريحاً، وقد يفهم دلالة وضمناً[٢] من طريق علماء الإسلام الثقات، ودورهم في الحقيقة مجرد كاشف ومظهر لحكم الله في الحادثة، ومردّه في النتيجة إلى الوحي الإلهي، إذ لا بدّ لصحة الاجتهاد من مستند شرعي يعتمد عليه في الاستنباط[٣].

---

(١) المبادئ العامة الجزائية في القانون والشريعة للدكتور محمد عدنان الخطيب.

(٢) الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للأستاذ محمد سلام مدكور، ٥٠٦ وما بعدها.

(٣) راجع كتابنا (أصول الفقه الإسلامي) ٤١٧، ٥٥٨ وما بعدها.

المطلب الرابع - الإسلام دين التسامح والعدالة:

مبدأ السهولة والتسامح:

من الأصول العامة المقطوع بها والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية مبدأ اليسر والتسهيل، والتسامح والاعتدال، ودفع الحرج[١] والمشقة في الأحكام الشرعية، سواء أكان الحكم منصوصاً عليه صراحة في الشريعة أم مستنبطاً بواسطة الفقهاء والمجتهدين، فخاصية شرعة الإسلام السماح، وشأنها الرفق بالناس، حتى إنه لا مساغ لأحد ولا منفذ له للإعراض عن الأحكام الإسلامية متذرعاً بالعسر والضيق، سواء في جميع حالات الإنسان قوياً كان أم ضعيفاً، مسالماً أم محارباً، مسافراً أم مقيماً، في موطنه أم في غير موطنه، لأن الله سبحانه وضع هذه الشريعة المباركة حنيفية سمحة سهلة، راعى فيها طاقة الإنسان وإمكاناته ومشاغله في حياته.

وبذلك تميزت شريعة الإسلام عن بقية الشرائع السماوية التي شرع الله فيها من الأحكام الشاقة ما يتناسب مع أوضاع الأمم السابقة، مثل اشتراط قتل النفس للتوبة من العصيان والتخلص من الخطيئة، قال الله تعالى حاكياً هذا الأمر في القرآن الكريم: ﴿فَتُوبُوٓاْ إِلَىٰ بَارِئِكُمْ فَٱقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ عِندَ بَارِئِكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ٥٤]، ومثل تطهير الثوب بقطع موضع النجاسة منه، وإيجاب ربع المال في الزكاة، وبطلان الصلاة في غير موضع العبادة المخصوص، ونحو ذلك مما أشار إليه القرآن الكريم إجمالاً، قال الله تعالى: ﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا[٢] كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٦] [٣]، وقال سبحانه في وصف الرسول ﷺ: ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِى كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ [الأعراف: ٧/ ١٥٧].

ونطاق السماحة والتيسير في الإسلام لا يقتصر على شؤون العبادات، وإنما يتسع لكل أحكام الإسلام من معاملات مدنية وتصرفات شخصية وعقوبات جزائية

---

(١) الحرج لغةً الضيق.

(٢) الإصر العبء الثقيل، والمراد به التكاليف الشاقة أي لا تحمل علينا ما يشقُّ علينا من الأحكام.

(٣) روى مسلم في حديث بعد هذه الآية: «قال الله تعالى: قد فعلت».

وتشريعات قضائية ونحوها، فإذا تتبعنا الأحكام الشرعية أو القواعد القانونية الإسلامية وجدنا مظاهر رفع الحرج جلية واضحة، وأن جميع التكاليف في ابتدائها ودوامها روعي فيها التخفيف والتيسير على الناس.

ويمكن إثبات خاصية السماحة واليسر هذه في الإسلام بأدلة كثيرة:

١ - نصوص القرآن الكريم: يقول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٢٢/٧٨]. وفي هذا المعنى كثير من الآيات مثل قوله سبحانه: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ٢/١٨٥]، ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفًا ﴿٢٨﴾﴾ [النساء: ٤/٢٨]، ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢/٢٨٦]. فهذه الآيات صريحة في التزام مبدأ التخفيف والتيسير على الناس في أحكام الشرع. قال الشاطبي(١): «إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع» وسرد هذه الآيات ونحوها، ثم قال: وقد سمي هذا الدين الحنيفية السمحة، لما فيها من التسهيل والتيسير.

٢ - نصوص السُّنة النَّبوية: يقول الرسول ﷺ: «بُعثت بالحنيفية السمحة»(٢)، «وما خُيِّر - أي الرسول ﷺ - بين شيئين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً»(٣)، «إن الله يحب أن تؤتى رُخَصه، كما يحب أن تؤتى عزائمه»(٤)، «إن هذا الدِّين يسر، ولن يُشادَّ الدِّين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وأبشروا»(٥)، وقال النَّبي ﷺ لمعاذ بن جبل وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما لما بعثهما إلى اليمن: «يسِّرا ولا تعسِّرا،

---

(١) الموافقات: ١/ ٣٤٠.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده من حديث جابر بن عبد الله ومن حديث أبي أمامة، والديلمي في مسند الفردوس من حديث عائشة رضي الله عنها (كشف الخفا ٢٥١، المقاصد الحسنة ١٠٩).

(٣) أخرجه الترمذي بلفظ: «ما لم يكن مأثماً»، والبخاري: «بين أمرين قط»، ومالك: «في أمرين».

(٤) رواه أحمد والبيهقي عن ابن عمر، والطبراني عن ابن عباس مرفوعاً، وعن ابن مسعود بنحوه موقوفاً على الأصح.

(٥) أخرجه البخاري والنَّسائي عن أبي هريرة. والمقصود بقوله: «سدِّدوا»: اقصدوا السَّداد من الأمر وهو الصواب. والمقصود بقوله «قاربوا»: اطلبوا المقاربة وهي القصد في الأمر الذي لا غلو فيه ولا تقصير (جامع الأصول ١/ ٢١٤).

وبشِّرا ولا تُنفِّرا، وتطاوعا ولا تختلفا»، وقال للصحابة في حادثة الأعرابي الذي بال في المسجد: «إنما بُعثتم ميسِّرين، ولم تبعثوا معسِّرين»، وقال أيضاً: «يسِّروا ولا تُعسِّروا، وبشِّروا ولا تُنفِّروا»[١]، وكذلك طلب الرسول ﷺ من الناس في بيوعهم التساهل والتسامح فقال: «رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع، وإذا اشترى، وإذا اقتضى»[٢].

٣ - ما ثبت من مشروعية الرُّخص، وهو أمر مقطوع به، ومن المعروف بداهة في الإسلام، كرخص القصر والجمع في الصلاة، والفطر في رمضان حالة السفر والمرض، وتناول المحرمات حالة الاضطرار، فهذا نمط يدل قطعاً على مطلق رفع الحرج والمشقة عن الناس[٣].

٤ - الإجماع الذي انعقد بين علماء الأمة الإسلامية على عدم وقوع المشقة غير المألوفة في التكاليف الشرعية، مما يدل على عدم قصد الشارع إعنات المكلفين أو تكليفهم ما لا تطيقه نفوسهم.

السبب في رفع الحرج عن الناس في التكاليف:

قال الشاطبي[٤]: اعلم أن الحرج مرفوع عن المكلفين لوجهين:

أحدهما: خوف الانقطاع من الطريق، وبغض العبادة، وكراهة التكليف، وينتظم تحت هذا المعنى الخوف من إدخال الفساد على المكلف في جسمه أو عقله أو ماله أو حاله، وذلك لأن الله وضع هذه الشريعة حنيفية سمحة سهلة، حفظ فيها على الناس مصالحهم.

والثاني: خوف التقصير عند مزاحمة الوظائف المتعلقة بالعبد المختلفة الأنواع،

---

(١) الأحاديث الثلاثة أخرجها البخاري ومسلم؛ وانظر أحاديث كثيرة في هذا المعنى في مجمع الزوائد ١/ ٦١.

(٢) أخرجه البخاري والترمذي عن جابر بن عبد الله. و «سمحاً»: من السماحة وهي الجود، «اقتضى»: أي طلب قضاء حقه.

(٣) الموافقات للشاطبي ٢/ ١٢٢.

(٤) الموافقات للشاطبي ٢/ ١٣٦ وما بعدها.

مثل قيامه على أهله وولده، إلى تكاليف أُخر تأتي في الطريق، فإذا أوغل الإنسان في عمل شاق فربما قطعه عن غيره، ولا سيما حقوق الغير التي تتعلق به، فتكون عبادته أو عمله الداخل فيه قاطعاً عما كلَّفه الله به، فيقصر فيه، ويصبح بذلك ملوماً غير معذور، إذ المراد من الإنسان القيام بجميع وظائفه وأعماله على وجه لا يخل بواحدة منها، ولا بحال من أحواله فيها[١].

الاقتصاد والتَّوسُّط في الأعمال:

الإسلام أيضاً يلتزم مبدأ الاقتصاد في الطاعات، والاعتدال في القربات[٢]؛ لأن إطاعة أوامر الله عزّ وجلّ ليست مقصودة لذاتها، لأن الله سبحانه لا تنفعه طاعة ولا تضرُّه معصية، وإنما هي وسيلة تهذيبية وأسلوب تربوي يعود بالنفع والخير الكثير على الأفراد والجماعات، والقصد الحقيقي هو إسعاد الناس، وعمارة الأرض، والإقبال على العمل، والحياة الطيبة، ومعرفة الخالق، وحفظ نظام الجماعة الإنسانية على أساس سلمي، وتحقيق الصلاح والأصلح للأفراد.

لذا نجد الرسول ﷺ يؤكد لأصحابه هذا المبدأ، ويزجرهم عن المغالاة في العبادة، والإفراط في الصلاة والصوم، والامتناع عن طيبات ما أحلَّ الله، فقال: «يا أيها الناس، خذوا من الأعمال ما تطيقون، فإن الله لا يملُّ حتى تملّوا، وإن أحبَّ الأعمال إلى الله ما دام وإن قلَّ»[٣]، «إن هذا الدِّين متين، فأوغل فيه برفق، فإن المنبتَّ لا أرضاً قطع، ولا ظهراً أبقى»[٤]، وقال: «لا صام من صام الأبد»[٥].

---

(١) المرجع السابق، الفروق للقرافي ٢/ ٦٣.

(٢) حجة الله البالغة ٢/ ١٦، الموافقات ١/ ٣٢٩، ٢/ ١٦٣

(٣) أخرجه البخاري ومسلم والموطأ وأبو داوود والترمذي والنَّسائي عن عائشة رضي الله عنها. والمراد بهذا الحديث أن الله لا يملُّ أبداً سواء مللتم أو لم تملّوا، فجرى مجرى قول العرب: حتى يشيب الغراب، ويبيض القار. (والقار، القير، وهو مادة سوداء تطلى بها السفن. وقيل: هو الزفت).

(٤) رواه البزار عن جابر، وهو حديث ضعيف بهذا اللفظ، وله لفظ صحيح رواه أحمد في مسنده عن أنس: «إن هذا الدين متين، فأوغلوا فيه برفق».

(٥) رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها.

ونهى ﷺ عن صوم الوصال، وعن قيام الليل كله، وعن التَّرهُّب، فقال: «أما والله، إني لأخشاكم لله، وأتقاكم له. ولكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنّتي، فليس مني»(١)، وقال عليه الصلاة والسلام لمن نذر أن يصوم قائماً في الشمس: «أتم صومك ولا تقم في الشمس»(٢)، وقال أيضاً: «هلك المتنطِّعون»(٣)، وقال: «ليس من البر الصيام في السفر»(٤). وحكم بعصيان من تمسك بالعزيمة، وترك العمل بالرخصة ولا سيما في وقت الحرب والشدة، فقال: «أولئك العصاة، أولئك العصاة»(٥).

ونحو ذلك كثير من المأثور الثابت عنه عليه الصلاة والسلام الذي يدل على أن ما شرعه الله تعالى قائم على الرفق، متناسب مع طاقة الإنسان، متلائم مع نشاطه وفعاليته الإنتاجية، مما يجعله معترفاً دائماً وأبداً بنعمة الله عليه وبما أحلّه الله له في كتابه حيث قال: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ ۚ قُلْ هِىَ لِلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ ۗ﴾ [الأعراف: ٧/ ٣٢].

تحقيق العدل والتزامه في الأحكام:

الإسلام كما أن من مبادئه رفع الحرج ودفع المشقة، ورعاية مصالح الناس جميعاً، فإن من أهم مقاصده ومبادئه أيضاً تحقيق العدالة ومنع الظلم بين الأفراد، والتزام العدل والتوسط في الأمور كلها وبحسب العادات، يقول الله تعالى: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُوا۟ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ وَيَكُونَ ٱلرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا ۗ﴾ [البقرة: ٢/ ١٤٣]، أي جعلناكم أمة عدولاً، وقال رسول الله ﷺ: «خير الأمور

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم والنَّسائي عن أنس بن مالك رضي الله عنه (جامع الأصول ١/ ٢٠١).

(٢) انظر لفظ الحديث في (نيل الأوطار ٨/ ٢٤٢)، رواه البخاري وابن ماجه وأبو داوود عن ابن عباس.

(٣) رواه أحمد في مسنده ومسلم وأبو داوود عن ابن مسعود. والمتنطّعون المتعمّقون المتشدّدون في غير موضع الشدة.

(٤) رواه أحمد في مسنده والبيهقي وأبو داوود والنَّسائي عن جابر بن عبد الله.

(٥) رواه مسلم والترمذي عن جابر بن عبد الله (جامع الأصول ٧/ ٢٥٩).

أوساطها»[١]. قال الشاطبي[٢]: الشريعة جارية في التكليف بمقتضاها على الطريق الوسط الأعدل، الآخذ من الطرفين بقسط لا ميل فيه، الداخل تحت كسب العبد من غير مشقة عليه ولا انحلال، بل هو تكليف جارٍ على موازنة تقتضي في جميع المكلفين غاية الاعتدال كتكاليف الصلاة والصيام والحج والجهاد والزكاة وغير ذلك مما شرع على غير سبب أو لسبب.

وفي القرآن الكريم مطالبة واضحة بالتزام مبدأ العدل في كلّ شيء، ومن كلّ شخص، وبالنسبة للناس جميعاً حتى مع الأعداء، سواء في إصدار الأحكام الاجتهادية أم القضائية أم في نطاق السياسة والحكم والإدارة، أم في تولية المناصب والوظائف أم في فرض الضرائب وجباية المال وصرفه فيما ينفع الناس، أم في مجال الأسرة والتربية والتعليم وغير ذلك، قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَيَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِ وَٱلۡبَغۡيِۚ﴾ [النحل: ١٦/ ٩٠]، ﴿وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ﴾ [النساء: ٤/ ٥٨]، ﴿وَلَا يَجۡرِمَنَّكُمۡ شَنَـَٔانُ قَوۡمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعۡدِلُواْۚ ٱعۡدِلُواْ هُوَ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۖ﴾ [المائدة: ٥/ ٨]، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوۡ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ أَوِ ٱلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَۚ﴾ [النساء: ٤/ ١٣٥]، ويقول ﷺ: «إن من أعظم الجهاد: كلمة عدل عند سلطان جائر»[٣].

كلمة العلاّمة ابن قيم الجوزية الرائعة في بيان خاصية الشريعة في التَّسامح والعدل:

ويحسن في ختام بيان هذه الخاصية للشريعة الإسلامية في اليسر والعدالة أن ننقل عبارة ابن قيم الجوزية في هذا الخصوص، فإنه قال: «إن الشريعة مبناها وأساسها على الحِكَم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدِّها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى

---

(١) رواه أبو هريرة (راجع جامع الأصول ١/ ٢٢٣، المقاصد الحسنة ٢٠٥).

(٢) الموافقات ٢/ ١٦٣.

(٣) أخرجه الترمذي وأبو داوود عن أبي سعيد الخدري ﷺ (جامع الأصول ١/ ٢٣٥).

العبث، فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظلّه في أرضه، وحكمته الدّالة عليه، وعلى صدق رسوله ﷺ أتم دلالة وأصدقها..»[١].

ومما يجدر الانتباه إليه أن المبادئ التي ذكرتها: وهي مبدأ دفع الحرج ورفع الضرر والمشقة، ومبدأ الاقتصاد في الطاعة، ومبدأ رعاية المصلحة، ومبدأ تحقيق العدالة وغير ذلك مما جاءت به الشريعة الإسلامية من مقاصد عامة ومبادئ ثابتة، كلّ ذلك لا يقبل التغير ولا التطور، وإنما يجب التزامها وتقدير الأمور بها وفي ضوئها.

مقارنة:

إن وظيفة القانون - كما هو معروف - تنحصر في تنظيم الروابط الاجتماعية بشكل يحقق الانسجام والتوافق بين مصالح الأفراد المتعارضة، فلا شأن للقانون بواجب الفرد نحو الله تعالى، ولا بواجبه نحو نفسه، إذ هي علائق لا تدخل ضمن الروابط الاجتماعية، أي ما يتعلق بسلوك الفرد نحو غيره من الأشخاص. ومن ثم كان مجال التساهل والتسامح في القانون ضيقاً نسبياً، من الناحية النظرية على الأقل، حتى لا تتأثر بذلك مصالح الأفراد. ولا مانع في القانون الوضعي من الأخذ ببعض القواعد التخفيفية، مثل القواعد الآتية: «الأصل براءة الذِّمة»، «المتَّهم بريء حتى تثبت إدانته»، «يفسَّر الشَّك في مصلحة المدين»، ومثل بعض النظريات التي تسهل على المتعاقدين وفاء التزاماتهم كنظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة اللتَيْن يأتي بحثهما فيما بعد بمشيئة الله تعالى.

كما أن القانون الجزائي أخذ بمبدأ قبول بعض الأعذار المخففة للعقاب عن المتَّهم وسيأتي بيانها فيما بعد، وكذلك جعل لبعض العقوبات حدَّيْن: أدنى وأعلى، يمكن بذلك للقاضي أن يجنح إلى تطبيق العقوبة الدنيا بدافع التخفيف أو إذا اقتضت الظروف ذلك.

---

(١) أعلام الموقعين ٣/ ١٤.

أما إذا نظرنا للواقع المشاهد بين الناس فنجد أن هناك حالات مخففة كثيرة للعقوبة، ومنافذ ينفذ منها رجال المحاماة بسبب القصور أو النقص أو الإبهام في بعض المواد القانونية، مما يجعل القاضي أو المحامي يفسِّر القانون تبعاً لهواه وعقله المجرد دون أن يكون هناك في الغالب ضوابط محددة ومعايير علمية دقيقة، أما الفقهاء المسلمون فقد وضعوا أصولاً متعددة لفهم اللفظ حسب قواعد اللغة وعرف الشرع. ثم إن التسامح في الشريعة مبدأ مقرر بحيث لا يضر إطلاقاً بمصلحة الجماعة، مع أن تطبيق القانون قد يضر بالمجتمع، كما في حال عدم إيقاع العقاب أو إعفاء المتَّهم منه.

وأما مبدأ العدالة أو القانون الطبيعي، فقد أخذ به القانون المدني على نطاق واسع، بل إنه غالى في ذلك فجعله مصدراً من المصادر الرسمية للقانون بعد التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية[١]، فإذا لم يجد القاضي حكماً في هذه المصادر الثلاثة، لجأ أخيراً إلى قواعد القانون الطبيعي والعدالة ليستوحي القاعدة القانونية[٢].

ويلاحظ أن فكرة العدالة في القانون تعتبر مصدراً خارجاً عن القانون والعرف، أما الشريعة الإسلامية فهي بعكس ذلك لا تجعل مبدأ العدالة مصدراً مستقلاً، لأن مصدرها الوحي الإلهي من قرآن، أو سنّة نبوية، أو اجتهاد المجتهدين الذين يستنبطون الأحكام من المصدرَيْن السابقين. فالعدالة في الإسلام من صميم التطبيق للأحكام الشرعية، وليست نظرية مستقلة عنها، كما أنها ليست من قبيل القانون الطبيعي الموجود في الخليقة، والذي يكتشفه القاضي عن طريق الإلهام، غموض

(١) رتَّب المشرع المصري مصادر القانون الرسمية في مصر على النحو التالي: التشريع، ثم العرف، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم قواعد القانون الطبيعي والعدالة. أما المشرع السوري فقد قدم مبادئ الشريعة على العرف (راجع نص المادة الأولى فقرة ٢ من القانونين المدنيين المصري والسوري).

(٢) راجع محاضرات في نظرية القانون للدكتور محمد علي إمام: ١٤١، ١٦٨، ١٨٩، والنظرية الجديدة للقانون الطبيعي: هي أنه مجرد مثل أعلى للعدالة يهتدي به المشرع حسب ظروف الجماعة.

يكتشف غموضاً. والعدل العام الإسلامي لا يقبل التبديل، كما نوَّهت سابقاً، وإنما الذي يتغير ويتطور حسب الظروف والأحوال الزمانية والمكانية هو الأحكام الجزئية أو الفرعية، لأن هذه الأحكام غير مقصودة لذاتها، وإنما يقصد منها الوصول إلى تحقيق العدالة الشرعية، ولا قيمة للرأي الاجتهادي إذا لم يكن رأياً صحيحاً شرعاً، أي مجرداً عن الأهواء الشخصية والشهوات التي تتنافى مع المقصد الشرعي العام في الصلاح والإصلاح.

والخلاصة: أن مقاصد الشريعة الإسلامية التي منها مبدأ العدالة هي المرجع الخالد للتشريع والقضاء في تقدير الفقهاء المسلمين، وأنها ليست مصدراً خارجياً عن الشرع الإسلامي - كما زعم بعض القانونيين - ولكنها من صميمه، وليست غامضة غموض القانون الطبيعي الذي لا يعرف له حدّ ولا مورد، ولكنها ذات معالم أشارت إليها الشريعة، فهي شريعة العدل، ولا عدل منعزلاً عنها، حتى تحتاج إلى قيام قانون بجانبها رقيب عليها.

ثم إن مقاصد الشريعة تختلف عن فكرة القانون الطبيعي أو العدالة بقوة الإلزام الذي تستمده المقاصد من مشرع التشريعات الأصلية، وليست مستمدة من سمو المبادئ التي تحتوي عليها، والتي تختلف بحسب الزمان والمكان[١].

---

(١) راجع مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها للأستاذ علال الفاسي ٤١ - ٥٢

المبحث الثاني

مقاصد الشريعة الإسلامية

مقاصد الشريعة:

أي الغاية منها، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها. وبذلك تهدف الشريعة إلى تحقيق مقصد عام ألا وهو إسعاد الفرد والجماعة، وحفظ النظام، وتعمير الدنيا بكل ما يوصلها إلى أوج مدارج الكمال والخير والمدنية والحضارة، ومن هنا كانت دعوة الإسلام رحمة للناس كما جاء في قوله تعالى: ﴿وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةٗ لِّلۡعَٰلَمِينَ ﴿١٠٧﴾﴾ [الأنبياء: ١٠٧/٢١]، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ قَدۡ جَآءَتۡكُم مَّوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَشِفَآءٞ لِّمَا فِي ٱلصُّدُورِ وَهُدٗى وَرَحۡمَةٞ لِّلۡمُؤۡمِنِينَ ﴿٥٧﴾﴾ [يونس: ٥٧/١٠]. ومن أجل الوصول إلى هذا المقصد العام جاء الإسلام بما يأتي:

١ - وضع الإسلام في دستوره مبادئ ثابتة خالدة مثل مبدأ رفع الحرج، ودفع الضرر، ووجوب العدل والتشاور، كما أوضحت سابقاً، ورعاية الحقوق لأصحابها، وأداء الأمانات لأهلها، والرجوع إلى العلماء المختصين لبيان الرأي السديد فيما يطرأ من حوادث وقضايا جديدة، ونحو ذلك من الأُسس العامة التي نزلت الشرائع السماوية من أجلها، وجاءت القوانين الوضعية لحمايتها[1]، محاولة التوصل إلى تحقيق المثل العليا ومبادئ الأخلاق التي قررتها الديانات؛ إلا أن هذه القوانين ما تزال تعاني أزمة التَّخلف عما جاءت به الشرائع السماوية.

---

(١) السياسة الشرعية والفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور عبد الرحمن تاج ٤٧

٢ - جنح الإسلام في أصوله إلى التزام مبدأ العناية بتهذيب الفرد خاصة حتى يكون مصدر خير للجماعة[(١)]، لأنه إذا صلح الفرد صلحت الجماعة، يقول الله تعالى مخاطباً رسوله ﷺ وأنصاره: ﴿فَٱسْتَقِمْ كَمَآ أُمِرْتَ وَمَن تَابَ مَعَكَ وَلَا تَطْغَوْا۟ إِنَّهُۥ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿١١٢﴾﴾ [هود: ١١/ ١١٢].

٣ - التزمت الشريعة الإسلامية في أحكامها مبدأ رعاية مصالح الناس في الحياة وبعد الممات، قال الشاطبي[(٢)]: إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً، واعتمدنا في ذلك على استقراء وتتبع الأحكام الشرعية، فوجدنا أنها وضعت لمصالح العباد، فإن الله تعالى يقول في بعثة الرُّسل: ﴿رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌۢ بَعْدَ ٱلرُّسُلِ﴾ [النساء: ٤/ ١٦٥]، ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَٰلَمِينَ ﴿١٠٧﴾﴾ [الأنبياء: ٢١/ ١٠٧]، وقد علل ذلك سبحانه وتعالى بنفسه، فقال بعد آية الوضوء في تشريع رخصة التيمم: ﴿مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُۥ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٥/ ٦]. وقال في الصيام: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ٢/ ١٨٣]، وفي الصلاة: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ﴾ [العنكبوت: ٢٩/ ٤٥]، وفي الجهاد: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَٰتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا۟﴾ [الحج: ٢٢/ ٣٩]، وفي القصاص: ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٩]، وفي تقرير مبدأ توحيد الإله: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا۟ بَلَىٰ شَهِدْنَآ أَن تَقُولُوا۟ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَٰذَا غَٰفِلِينَ﴾ [الأعراف: ٧/ ١٧٢].

هذا في الجانب الإيجابي للمطلوبات الشرعية، وأما في الجانب السلبي فلم يتعرض له الشاطبي هنا، مع أن مظاهر رعاية المصلحة واضحة فيه، فقد حرم الإسلام كلّ نواحي الضرر والشَّر والفساد، فحرم الاعتداء على الحقوق، وأكل أموال الناس بالباطل، ومنع كلّ ما يؤدي إلى ذلك من قمار ورِبا (فائدة)، وغش في المعاملات، كما أنه حظر كل ما يلحقه الإنسان بنفسه من ضرر في جسده أو عقله،

---

(١) أصول الفقه للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ٣٥٠

(٢) الموافقات ٢/ ٦ بتصرف.

فحرم شرب الخمر، وتبديد الأموال، والانتحار، وإجراء أي نوع من أنواع التعامل على الأعضاء والدم، كبيع النفس الحرة الكريمة، أو التصرف بعوض في الدم والجوارح، أو إيجار المرأة نفسها للاستمتاع بها، ونحو ذلك مما يتنافى مع مبدأ المحافظة على الكرامة الإنسانية كالاعتداء على حرية الفكر والرأي والعمل والموطن أو الإقامة.

وغلَّب الإسلام دائماً مقتضيات المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فمنع الاحتكار والتعسف في استعمال الحق، وأجاز تسعير السلع والحاجيات.

وشرعت الشريعة كل الأحكام التي تحقق مصلحة الناس، فأجازت مثلاً القرض إلى أجل في النقود، ومنعت بيعها بهذه الصفة. ولكن لم تغفل عامل التطور وتغير وجه المصلحة، فقررت مبدأ «تغير الأحكام بتغيُّر الأزمان»، أي الأحكام الاجتهادية من قياسية ومصلحية، مما كان في أصله مراعى فيه التأقيت أو عرف الناس[١].

أنواع المصالح:

لقد قامت الشريعة الإسلامية كسائر الشرائع السماوية على مبدأ المحافظة على أمور خمسة عرفت بالكليات الخمس أو الضروريات الخمس وهي: الدين والنفس والعقل والنَّسل والمال؛ إلا أن وسيلة المحافظة على هذه الأمور تتدرج في مراتب ثلاث، حسب أهميتها وخطورتها، وهذه المراتب تعرف لدى علمائنا بالضروريات، والحاجيات، والتحسينيات، وتكون المصلحة التي اعتبرها المشرع وفقاً لذلك ثلاثة أقسام[٢]:

١ - الضروريات

وهي التي يتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية، بحيث إذا فقدت، اختلت

---

(١) راجع المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقا: ف ٥٤٠ وما بعدها، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراه للزميل الدكتور محمد سعيد رمضان ٢٨٠.

(٢) الموافقات للشاطبي ٨/٢ وما بعدها، الإحكام للآمدي ٤٨/٢، المستصفى للغزالي ١/ ١٣٩، إرشاد الفحول للشوكاني ١٨٩.

الحياة في الدنيا، وضاع النعيم، وحلَّ العقاب في الآخرة، وقد روعيت هذه الضروريات في الإسلام من ناحيتين:

الأولى - تحقيقها وإيجادها.

الثانية - المحافظة على بقائها.

تحقيق الدين: بالإتيان بأركان الإسلام الخمسة المعروفة، والمحافظة عليه بمجاهدة من يريد إبطاله منعاً للفتنة في الدين، وبمعاقبة المرتد عنه أو المجاهر بالتَّحلل منه أو الذي يبطن العداء له كالزنديق، لأن التدين أمر باطني فطري في النفوس وعنوان على سموّ الإنسان، بل إن الحرص على تقوية الصلة بالله تعالى من أهم العوامل لاحترام نظام المجتمع، إذ إن الدين يقوِّي رقابة الضمير والوجدان على تصرفات الإنسان.

والنفس: تتحقق وتوجد بالتزاوج الذي يؤدي إلى بقاء النوع الإنساني، والمحافظة على بقائها بفرض العقوبة على القاتل: وهو القصاص أو الإعدام، ولأن حق الحياة حق مقدس، والاعتداء عليه يؤدي إلى إفناء البشرية وزجِّها في بحر متلاطم من الدماء والمنازعات.

والعقل الموهوب للإنسان: يحافظ عليه بإباحة كل ما يكفل سلامته، وتحريم كل ما يؤذيه أو يضعف قوته كشرب الخمر وتناول المخدرات، لأن العقل مصدر خير ونفع للأمة.

والنَّسل: شرع لإقامته إحلال الاستمتاع بالمرأة بوجه مشروع، وللمحافظة عليه قرّر عقاب الزِّنا مئة جلدة لغير المحصن، وعقاب القذف بالفاحشة ثمانين جلدة، لأن سلامة النَّسل وحفظ الكرامة يجعلان المجتمع قويّاً نقيّاً منسجماً لا شذوذ فيه ولا أحقاد ولا شحناء في ربوعه.

والمال: شرع لإيجاده السعي في طلب الرزق والمعاملات بين الناس، وللمحافظة عليه وضعت عقوبة السرقة بقطع اليد من المفصل بشروط، وحرم الغش والاغتصاب والرِّبا، ووجب ضمان المتلفات، لأن المال أساس الحياة ومنبع القوة للأفراد.

٢ - الحاجيات:

وهي التي يحتاج الناس إليها لرفع الحرج ودفع المشقة عنهم، بحيث إذا فقدت، وقع الناس في ضيق دون أن تختل الحياة. وقد لوحظ أن جميع أقسام التشريع الإسلامي يبدو فيها مظهر رفع الحرج. ففيما يتعلق بالدين أو العبادات شرعت الرُّخص المخففة كالنُّطق بكلمة الكفر عند الإكراه الشديد، وإباحة الفطر في رمضان للمريض والمسافر، وقصر الصلاة الرباعية في السفر، وسقوط الصلاة عن المرأة بالحيض والنفاس، والمسح على الخفين حال الإقامة أو السفر. وفيما يتعلق بالنفس أو عادات الإنسان أُبيح الصيد والتمتع بلذيذ الطعام. وفي العقوبات تدرأ الحدود بالشبهات. وفيما يتعلق بالمال أو المعاملات طلب تنمية المال وتثميره وحفظه من الضياع، لأن المال قوة للأمة جميعها، وشرعت بعض العقود التي تشتمل على تصرف بشيء غير موجود مثل عقد السلم والإيجار والمساقاة ونحوها، وأما غير تلك العقود كالبيع فقد نظمها الإسلام على أساس من العدل والرِّضا. وفيما يتعلق بحفظ النَّسب اشترطت في عقد الزواج بعض الشروط كتوافر شاهدين عدلين، وتقديم المهر، ليصان المجتمع من أمراض أو مفاسد الزِّنا، وأجيز الطلاق حالة الضرورة، ليبقى الزواج سبيل العفاف، وطريق المودة، والرحمة والتعاون، ومركز السلام والسكينة والطمأنينة.

٣ - التحسينيات:

وهي الأمور التي تقتضيها المروءة ومكارم الأخلاق أو التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العادات. ونطاقها يشمل كل الأمور السابقة من عبادات ومعاملات وعادات وعقوبات.

ففي العبادات شرع للصلاة مبدأ التطهر أو المحافظة على النظافة، وستر العورة، وأخذ الزينة ومحاسن الهيئات والطيب. وفي الحقل الإنساني شرع مبدأ التَّقرب إلى الله تعالى بنوافل الخيرات من الصدقات والقربات. وفي عالم الأسرة حددت أوضاع الكفاءة في اختيار الزوجين وآداب المعاشرة بينهما.

وفي المعاملات طلب الامتناع عن بيع النجاسات والمستقذرات الضارة بالصحة العامة أو الخاصة، وجعل الناس شركاء في الأمور الضرورية للجماعة كالماء والكلأ والنار والملح ونحوها من معادن الأرض.

وفي العادات المتعلقة بالشؤون الدنيوية وضعت آداب للأكل والشرب، وحرمت المأكولات النجسة والمشارب المستخبثة، والإسراف والتقتير فيما يتناوله الإنسان، وطلب الرفق والإحسان بجانب العدل، ومنعت ولاية المرأة في القضايا العامة الخطيرة أو التي لها صفة القيادة.

وفي العقوبات منع التمثيل بالقتلى قصاصاً بين المسلمين أو في الحرب بين الأعداء، وحرم قتل النساء والصبيان والرهبان غير المقاتلين في جهاد العدو.

يلاحظ من هذا أن الغرض من تشريع تلك الأحكام جميعها فيما يمس أمور الدين والدنيا هو أن تتعاون كلها في سبيل إيجاد شخصية متكاملة منسجمة للإنسان، بحيث يكون عضواً نافعاً لأمته.

الاعتبار القضائي والدياني:

وتأييداً لهذا الغرض السامي وحرصاً على إحقاق الحق ودفع الظلم، كانت أحكام المعاملات المدنية في الفقه الإسلامي ذات اعتبارين: اعتبار قضائي واعتبار دياني. فالقاضي يحكم على العمل بحسب الظاهر، وأما الجانب الدياني فإنما يحكم فيه بحسب الحقيقة والواقع. وعلى هذا فالقاضي لا يحل الحرام في الواقع فيما يصدره من أحكام قضائية لفضِّ المنازعات وفصل الخصومات بين الناس. وهذه التفرقة مأخوذة من الحديث الشريف: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجّته[١] من بعض، فأقضي بنحوِ مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً، فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار»[٢].

---

(١) ألحن بحجّته أي أفطن بها، أو أفصح تعبيراً عنها، وأظهر احتجاجاً، حتى يخيل أنه محق وهو في الحقيقة مبطل. قال الشوكاني: والأظهر أن معناه: أبلغ، كما وقع في الصحيحين أي أحسن إيراد الكلام.

(٢) رواه الجماعة عن أم سلمة رضي الله عنها (نيل الأوطار ٨/ ٢٧٨).

الفرق بين الضرورة والمصلحة:

يلاحظ مما ذكر أن الضرورة هي التي تصل فيها درجة الاحتياج إلى أشد المراتب وأشق الحالات، فيصبح الإنسان في خطر يحدق بنفسه أو ماله ونحوهما.

وأما المصلحة: فهي أعم وهي في الأصل عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ويراد بها في اصطلاح الشرعيين «المحافظة على مقصود الشرع، بدفع المفاسد عن الخلق» كما قال الخوارزمي أو هي «المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم ونسلهم وعقولهم وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها» كما قال الرازي[1]، فالمصلحة تشمل مراتب الضروريات والحاجيات والتحسينيات، وأما الضرورة فهي قاصرة على المرتبة الأولى.

مقارنة:

بهذا يظهر اختلاف الفقه الإسلامي عن القانون المدني حتى في دائرة المعاملات التي يتولى تنظيمها، لأن الإسلام دين ودولة أو نظام روحي ومدني معاً، مما يجعل للنية والأمور الباطنية أثراً كبيراً في الأحكام. أما القانون الوضعي عموماً فإنه لا يهتم بمجرد النوايا والسرائر ما لم يترتب عليها سلوك مادي خارجي.

---

(١) راجع ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للزميل الدكتور محمد سعيد رمضان ٢٣، نقلاً عن كتاب المحصول للرازي ١٩٤

المبحث الثالث

أدلّة مشروعيّة مبدأ الضّرورة
أو الآيات القرآنية والأحاديث النَّبوية
الواردة في حالة الضرورة

إضافة إلى الآيات والأحاديث التي ذكرتها عند الكلام على قاعدة اليسر والسماحة في الإسلام، والتي يفهم منها وجود مظهر التيسير في الأحكام الشرعية كلما وجدت المشقة أي الضرر، سأذكر هنا الآيات والأحاديث التي وردت بخصوص الضرورة بذاتها.

أما الآيات القرآنية، فهي خمس: منها آية خاصة نص فيها صراحة على ضرورة المخمصة (أي الجوع الشديد) وهي آية المائدة، والآيات الأخرى يفهم منها إباحة المحرمات كلها عند وجود ضرورة الغذاء، وهذه الآيات هي ما يأتي:

١ - ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ ۖ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ[1] فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٧٣﴾﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٣] .

٢ - ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا۟ بِٱلْأَزْلَٰمِ ۚ

(١) قوله: ﴿غير باغٍ﴾ أي غير طالب للمحرم ذاته. وقوله ﴿ ولا عادٍ ﴾ أي غير متجاوز قدر الضرورة.

ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ ۗ ٱلْيَوْمَ يَئِسَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَٱخْشَوْنِ ۚ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣﴾﴾ [المائدة: ٥/ ٣].

٣ - ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِى مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ ۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٤٥﴾﴾ [الأنعام: ٦/ ١٤٥].

٤ - ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ ۖ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١١٥﴾﴾ [النحل: ١٦/ ١١٥].

٥ - ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ۗ﴾ [الأنعام: ٦/ ١١٩].

هذه الآيات ذكر فيها المطعومات المحرم تناولها في الإسلام وهي الميتة[١] وما في معناها من الأنواع الخمسة المذكورة في الآية الثانية، والدم المسفوح، ولحم الخنزير، والمذبوح لغير الله. وأضافت السُّنة النَّبوية تحريم السِّباع والطيور الجوارح والحمر الإنسية والبغال، حيث ورد عن أبي ثعلبة الخشني أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن أكل كلّ ذي ناب من السِّباع»[٢]، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أكل كلّ ذي ناب من السِّباع، وكلّ ذي مخلب من الطير حرام»[٣]، وعن جابر أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية، وأذن في لحوم الخيل»[٤].

تضمنت هذه الآيات كلها استثناء حالة الضرورة، حفاظاً على النفس من الهلاك، ولا يلتفت حينئذ إلى سبب التحريم وهو وجود الضرر، لأن حالة الجوع

---

(١) وردت أحاديث نبوية تخصص الميتة، منها أن النبي ﷺ قال: «أُحلَّت لنا ميتتان ودمان، فالميتتان: السمك والجراد، والدَّمان: الكبد والطحال»، رواه الدارقطني عن ابن عمر.

(٢) رواه البخاري ومسلم.

(٣) رواه أبو داوود.

(٤) رواه البخاري ومسلم وأحمد والنَّسائي وأبو داوود.

تجعل جهاز الهضم قوياً يتمثل الطعام دون أذى، بخلاف الحالات المعتادة. قال البزدوي وغيره من علماء التفسير والأصول: استثنى الله سبحانه حالة الضرورة، والاستثناء من التحريم إباحة، إذ الكلام صار عبارة عما وراء المستثنى، وقد كان مباحاً قبل التحريم، فبقي على ما كان في حالة الضرورة[(١)].

وأما الأحاديث النبوية المروية في حالة الضرورة فمنها حديثان في إباحة تناول الميتة، ومنها أحاديث في إباحة التناول من ثمار البساتين، ومنها أحاديث في الدفاع عن النفس ونحوه.

أما الحديثان الواردان في إباحة الميتة فهما:

١ - عن أبي واقد الليثي قال: «قلت: يا رسول الله، إنا بأرض تصيبنا مخمصة، فما يحل لنا من الميتة؟ فقال: إذا لم تصطبحوا، ولم تغتبقوا، ولم تحتفؤوا بها بقلاً، فشأنكم بها»[(٢)]، ومعنى الحديث: إذا لم تجدوا ألبنةً تصطبحونها أو شراباً تغتبقونه، ولم تجدوا بعد ذلك بقلة تأكلونها، حلت لكم الميتة.

ومثال إباحة الميتة، وإن كان نادراً في عصرنا الحاضر، لكنه قد يحصل، ويعدُّ رمزاً معبِّراً لأحوال الضرورة المبيحة للمحظورات، فيقاس عليه ما هو في مثل حالة المضطر إليه.

٢ - عن جابر بن سمرة أن أهل بيت كانوا بالحرة[(٣)] محتاجين، قال: «فماتت عندهم ناقة لهم، أو لغيرهم، فرخص لهم رسول الله ﷺ في أكلها، قال: فعصمتهم بقية شتائهم، أو سنتهم» رواه أحمد.

وفي لفظ: «أن رجلاً نزل الحرة، ومعه أهله وولده، فقال رجل: إن ناقة لي

---

(١) كشف الأسرار ٤/١٥١٨.

(٢) رواه أحمد، وقال في مجمع الزوائد: أخرجه الطبراني ورجاله ثقات. ومعنى تصطبحوا تتناولوا الصبوح، وهو شرب اللبن أو الأكل أول النهار، وتغتبقوا تأكلوا الغبوق، وهو شرب اللبن أو الأكل آخر النهار عشاء، وتحتفؤوا بقلاً أي نوعاً من التمر، وهو مشتق من الحفاء أي البُردي (بضم الباء) نوع من جيد التمر.

(٣) الحرة أرض بظاهر المدينة بها حجارة سود.

ضلت فإن وجدتها فأمسكها، فوجدها، فلم يجد صاحبها، فمرضت، فقالت امرأته: انحرها، فأبى، فنفقت[(١)]، فقالت: اسلخها حتى نقدُر[(٢)] شحمها ولحمها ونأكله، فقال: حتى أسأل رسول الله ﷺ. فأتاه، فسأله، فقال: هل عندك غنى يغنيك[(٣)]؟ قال: لا، قال: فكلوه، قال: فجاء صاحبها[(٤)] فأخبره الخبر، فقال: هلا كنت نحرتها؟ قال: استحييت منك»[(٥)]. قال ابن تيمية: وهو دليل على إمساك الميتة للمضطر.

قال الشوكاني معلِّقاً على ذلك: وقد دلَّت أحاديث الباب على أنه يجوز للمضطر أن يتناول من الميتة ما يكفيه. واقتصر بعضهم على مقدار سدِّ الرمق، وهل يجب على المضطر أن يتناول من الميتة حفظاً لنفسه؟ فيه رأيان[(٦)]. وسأبحث ذلك تفصيلاً في (حكم الضرورة).

وفي المطعومات والصيود والذبائح وردت أحاديث تجيز الأكل منها حال الضرورة وهي:

١ - عن عدي بن حاتم أن رسول الله ﷺ قال: «**ما علَّمت من كلب أو باز، ثم أرسلته، وذكرت اسم الله عليه، فكُلْ ما أمسك عليك، قلت: وإن قتل؟ قال: وإن قتل، ولم يأكل منه شيئاً، فإنما أمسكه عليك**»[(٧)]، ففي هذا الحديث دليل على إباحة الصيد بالكلاب والطيور الجارحة المعلّمة للضرورة بالرغم من نجاستها[(٨)].

٢ - عن رافع بن خديج قال: «**كنا مع رسول الله ﷺ في سفر، فندَّ**[(٩)] بعير من

---

(١) نفقت على وزن قعدت، أي ماتت.
(٢) قدر اللحم طبخه في القدر، وفي سنن أبي داوود: «ونقدد اللحم».
(٣) أي تستغني به ويكفيك مع أهلك وولدك عنها.
(٤) أي جاء صاحب الناقة.
(٥) رواه أبو داوود.
(٦) نيل الأوطار ٨/ ١٥١ وما بعدها.
(٧) رواه أحمد وأبو داوود.
(٨) نيل الأوطار ٨/ ١٣٠ وما بعدها.
(٩) ندَّ بعير أي نفر.

إبل القوم، ولم يكن معهم خيل، فرماه رجل بسهم، فحبسه[١]، فقال رسول الله ﷺ: إن لهذه البهائم أوابد[٢] كأوابد الوحش. فما فعل منها هذا، فافعلوا به هكذا»[٣].
ففي هذا الحديث دلالة على جواز تذكية الحيوان للضرورة بإصابته في أي مكان بجسده، كأن يرمى بالسهم أو الرصاص فيجرحه في أي موضع كان من جسده، بشرط أن يكون وحشياً أو متوحِّشاً.

٣ - عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه قال في الجنين: «ذكاته ذكاة أمه»[٤]، فالجنين وإن خرج ميتاً يحلُّ أكله، لأن ذكاة أمه أي (ذبحها) تنسحب عليه للضرورة، وهذا ما قرره جمهور العلماء ما عدا أبا حنيفة[٥].

وأحاديث إباحة مال الغير حال الضرورة هي ما يأتي:

١ - روى ابن ماجه بسنده عن أبي بشر جعفر بن إياس قال: «سمعت عبَّاد بن شرَحبيل (رجلاً من بني غبر) قال: أصابنا عام مخمصة، فأتيت المدينة، فأتيت حائطاً (بستاناً من نخيل وغيره، إذا كان عليه جدار) من حيطانها، فأخذت سنبلاً، ففركته، وأكلته، وجعلته في كسائي، فجاء صاحب الحائط فضربني وأخذ ثوبي، فأتيت رسول الله ﷺ، فأخبرته، فقال للرجل: ما أطعمته إذ كان جائعاً، أو ساغباً، ولا علّمته إذ كان جاهلاً، فأمره النَّبي ﷺ، فردَّ إليه ثوبه، وأمر له بوَسْق من طعام أو نصف وسق»[٦].

٢ - روى أبو داوود والترمذي وصححه عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال: «إذا أتى أحدكم على ماشية، فإن كان فيها صاحبها، فليستأذنه، فإن أذن له،

---

(١) حبسه، أي أصابه السهم، فوقف.
(٢) أوابد جمع آبدة، أي غريبة، والمراد أن لها توحُّشاً.
(٣) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة).
(٤) رواه أحمد والترمذي وحسّنه وابن ماجه والدارقطني، وابن حبان وصححه هو وابن دقيق العيد.
(٥) نيل الأوطار ٨/ ١٤٤ وما بعدها.
(٦) الوسق ستون صاعاً. والصاع أربعة أمداد. والمد رطل وثلث تقريباً. والرطل ١٣٠ درهماً. والدرهم ٢,٩٧٥ غ.

فليحتلب وليشرب، وإن لم يكن فيها، فليصوِّت ثلاثاً، فإن أجاب، فليستأذنه، فإن أذن له وإلا فليحتلب وليشرب، ولا يحمل».

وهناك حديث آخر في هذا المعنى رواه أحمد وابن ماجه عن أبي سعيد الخدري[١].

٣ - أخرج الترمذي وابن ماجه عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «من دخل حائطاً، فليأكل، ولا يتخذ خُبْنة»[٢]، قال الترمذي: هذا حديث غريب[٣] لا نعرفه إلا من حديث يحيى بن سُليم.

٤ - أخرج الترمذي وأبو داوود والنَّسائي وابن ماجه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ سئل عن الثمر المعلَّق؟ فقال: «من أصاب منه من ذي حاجة غير متخذ خُبْنة فلا شيء عليه»، قال الترمذي: حديث حسن. وقال ابن حجر: والحق أن مجموع هذه الأحاديث لا يقصر عن درجة الصحيح، وقد احتجّوا في كثير من الأحكام بما دونها.

قال أبو عبيد: وإنما يوجه هذا الحديث أنه رخص فيه للجائع المضطر الذي لا شيء معه يشتري به، على ألا يحمل إلا ما كان في بطنه قدر قوته. وقال القرطبي[٤]: لأن الأصل المتفق عليه تحريم مال الغير إلا بطيب نفس منه[٥]، فإن كانت هناك عادة بعمل ذلك كما كان في أوّل الإسلام، أو كما هو الآن في بعض البلدان، فذلك جائز، ويحمل الترخيص على أوقات المجاعة والضرورة[٦].

---

(١) راجع نيل الأوطار ٨/ ١٥٤.

(٢) الخبنة - بضم الخاء، وسكون الباء؛ وهي ما تحمله في حضنك.

(٣) الحديث الغريب هو ما انفرد راوٍ بروايته عمن يجمع حديثه، ومن المعلوم أنه لا يلزم كونه ضعيفاً.

(٤) الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٢٢٨.

(٥) في الحديث الشريف: «لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه» رواه أحمد عن عمرو بن يثربي.

(٦) هذا ما قرره المالكية، وقال الشوكاني في نيل الأوطار ٨/ ١٥٥: ظاهر هذه الأحاديث يدلُّ على جواز الأكل من بستان الغير، والشرب من ماشيته بعد مناداة الراعي ثلاث مرات، كما يدلُّ عليه حديث سمرة والخدري، من غير فرق بين أن يكون مضطراً إلى الأكل أم لا، لأنه إنما قال ﷺ: إذا دخل، وإذا أراد أن يأكل، ولم يقيد الأكل بحدود ولا خصَّه بوقت، =

وهناك أحاديث في حال الدفاع عن النفس أو المال أو العرض، منها:

١ - عن سعيد بن زيد قال: قال رسول الله ﷺ: «من قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد»[1]. فهذا دليل على جواز الدفاع عن الأمور المذكورة؛ لأن النَّبي ﷺ لما جعل المدافع شهيداً، دلَّ على أن له القتل والقتال.

٢ - عن أبي هريرة «أنه جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه، قال: فإن قاتلني؟ قال: فاقتله، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: فهو في النار»[2]. قال العلماء: فإن قتله، فلا ضمان عليه، لعدم التَّعدي منه، والحديث عام لقليل المال وكثيره.

٣ - هناك أحاديث أخرى في معنى الدفاع السابق، وهو الدفاع عن الحرمات في المسكن، منها ما روي عن أبي هريرة أن النَّبي ﷺ قال: «من اطَّلع في بيت قوم بغير إذنهم، فقد حلَّ لهم أن يفقؤوا عينه»[3]. وفي رواية: «من اطَّلع في بيت قوم بغير إذنهم، ففقؤوا عينه، فلا دية له ولا قصاص»[4]. ففي هذا الحديث ونحوه دلالة واضحة على أنه يجوز للمنظور إلى مكانه بغير إذن منه أن يفقأ عين الناظر، ولا قصاص عليه ولا دية لممارسته حقّاً مشروعاً له للضرورة.

= فالظاهر جواز تناول الكفاية. والممنوع إنما هو الخروج بشيء من ذلك من غير فرق بين القليل والكثير، ولقد قررت الحنابلة مثل هذا، ففي كتاب المنتهى عندهم: «ومن مرَّ بثمرة بستان لا حائط عليه، ولا ناظر، فله الأكل، ولو بلا حاجة مجاناً، لا صعود شجرة، أو رميه بشيء، ولا يحمل، ولا يأكل من مجني مجموع إلا لضرورة، وكذا زرع قائم، وشرب لبن ماشية، وألحق جماعة بذلك باقلاً وحمصاً أخضر من المنفتح». وهو رأي قوي.

(١) رواه أصحاب السُّنن: (أبو داوود والترمذي والنَّسائي وابن ماجه)، وصححه الترمذي. وفي الصحيحين ذكر المال فقط (سبل السلام ٤/ ٤٠).

(٢) رواه مسلم في صحيحه.

(٣) رواه أحمد، وقد بيَّن النَّبي ﷺ الحكمة من منع النظر إلى داخل البيوت بغير إذن، فقال فيما يرويه البخاري ومسلم وأحمد والترمذي عن سهل بن سعد: «إنما جعل الاستئذان من أجل البصر».

(٤) رواه أحمد والنَّسائي.

المبحث الرابع

مَفهوم الضَّرورة وضوابطها أو شروطها

معنى الضرورة

قال الجرجاني في تعريفاته: الضرورة مشتقة من الضرر، وهو النازل بما لا مدفع له. وللضرورة تعاريف متقاربة المعنى عند أسلافنا الفقهاء، منها ما ذكره أبو بكر الجصّاص عند الكلام عن المخمصة فقال: الضرورة هي خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل[(١)]. وبمثل ذلك قال البزدوي: معنى الضرورة في المخمصة أنه لو امتنع عن التناول يخاف تلف النفس أو العضو[(٢)].

وعرفها الزركشي والسيوطي فقالا: هي بلوغه حدّاً إن لم يتناول الممنوع هلك، أو قارب، كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي جائعاً أو عرياناً لمات أو تلف منه عضو[(٣)].

---

(١) أحكام القرآن ١/ ١٥٠ وما بعدها، وبمثل ذلك قال الحنابلة: الضرورة المبيحة هي التي يخاف التَّلف بها إن ترك الأكل (المغني ٨/ ٥٩٥).

(٢) كشف الأسرار ٤/ ١٥١٨.

(٣) قواعد الزركشي (المنثور في ترتيب القواعد الفقهية) مخطوط بالمكتبة الظاهرية بدمشق برقم (٨٥٤٣) عام، ق ١٣٧ ب.

وفي نسخة أخرى عنه بعنوان مقدمته وهي (قواعد تضبط للفقيه أصول مذهبه)... مخطوط أيضاً بالمكتبة الظاهرية برقم (٧٥ ف): ق ١٤٠.

وقال المالكية: الضرورة هي الخوف على النفس من الهلاك علماً (أي قطعاً) أو ظنّاً، أو هي خوف الموت، ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت، وإنما يكفي حصول الخوف من الهلاك ولو ظنّاً[١].

قال الشافعية: من خاف من عدم الأكل على نفسه موتاً أو مرضاً مخوفاً أو زيادته أو طول مدته، أو انقطاعه عن رفقته، أو خوف ضعف عن مشي أو ركوب، ولم يجد حلالاً يأكله ووجد محرَّماً، لزمه أكله[٢].

وعرَّفها الشيخ أستاذنا محمد أبو زهرة فقال: الضرورة هي الخشية على الحياة إن لم يتناول المحظور، أو يخشى ضياع ماله كله. أو أن يكون الشخص في حال تهدد مصلحته الضرورية ولا تدفع إلا بتناول محظور لا يمس حق غيره[٣]. وقال الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا: الضرورة أشد دافعاً من الحاجة، فالضرورة هي ما يترتب على عصيانها خطر، كما في الإكراه الملجئ، وخشية الهلاك جوعاً[٤].

ولكن الذي يبدو من هذه التعاريف كلها أنها متجهة فقط نحو بيان ضرورة الغذاء، فهي قاصرة لا تشمل المعنى الكامل للضرورة على أنها مبدأ أو نظرية، يترتب عليها إباحة المحظور أو ترك الواجب، لذا فإني أقترح التعريف التالي لها:

الضرورة: هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته، دفعاً للضرر عنه في غالب ظنّه ضمن قيود الشرع.

وميزة هذا التعريف أنه شامل جامع في تقديري كلّ أنواع الضرورة وهي ضرورة الغذاء والدواء، والانتفاع بمال الغير، والمحافظة على مبدأ التوازن العقدي في العقود، والقيام بالفعل تحت تأثير الرهبة أو الإكراه، والدفاع عن النفس أو المال

---

(١) القوانين الفقهية ١٧٣، الشرح الكبير للدردير ٢/ ١١٥.
(٢) مغني المحتاج ٤/ ٣٠٦.
(٣) أصول الفقه ٤٣، ٣٦٢.
(٤) المدخل الفقهي له: ف ٦٠٣.

ونحوهما، وترك الواجبات الشرعية المفروضة. وهذا هو المعنى الأعم للضرورة، أما معناها الخاص بدفع ضرر خارجي قاهر كالحريق أو ضرر داخلي كالجوع، فليس هو فقط موطن البحث، وإن كان هو المعنى الشائع عند العلماء.

والمضطر كما قال الخازن في تفسيره[1]: هو المكلف بالشيء، الملجأ إليه، المكره عليه. والمراد بالمضطر في قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ﴾ أي خاف التلف.

والاضطرار دفع الإنسان إلى ما يضره وحمله عليه أو إلجاؤه إليه. والملجئ إلى ذلك إما أن يكون من نفس الإنسان، وحينئذ لا بدَّ أن يكون الضرر حاصلاً أو متوقعاً يلجئ إلى التخلص منه عملاً بقاعدة «ارتكاب أخف الضَّررَيْن» الثابتة عقلاً وطبعاً وشرعاً، وإما أن يكون الملجئ من غير نفس الإنسان كإكراه القوي ضعيفاً على ما يضرّه[2].

ضوابط الضرورة:

يفهم من التعريف الذي وضعته للضرورة أنه لا بدَّ من تحقق ضوابط لها أو شروط فيها، حتى يصح الأخذ بحكمها وتخطي القواعد العامة في التحريم والإيجاب بسببها، وحينئذ يتبين أنه ليس كلّ من ادَّعى وجود الضرورة يسلَّم له ادِّعاؤه أو يباح فعله. وهذه الضوابط التي يراد بها تحديد معنى الضرورة بالمعنى الضيق هي ما يأتي:

١ - أن تكون الضرورة **قائمة لا منتظرة**، وبعبارة أخرى أن يحصل في الواقع خوف الهلاك أو التَّلف على النفس أو المال وذلك بغلبة الظن حسب التجارب، أو يتحقق المرء من وجود خطر حقيقي على إحدى الضروريات الخمسة التي ذكرتها، والتي صانتها جميع الديانات والشرائع السماوية: وهي الدين والنفس والعقل والعرض والمال، فيجوز حينئذ الأخذ بالأحكام الاستثنائية لدفع الخطر، ولو أدى ذلك إلى إضرار الآخرين، عملاً بقاعدة: «إذا تعارض مفسدتان روعي

(١) ١/ ١٢٠.
(٢) تفسير المنار ٦/ ١٦٧ وما بعدها، مغني المحتاج ٤/ ٣٠٦.

أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفّهما»[١]. فإذا لم يخف الإنسان على شيء مما ذكر، لم يبح له مخالفة الحكم الأصلي العام بن تحريم أو إيجاب.

٢ - **أن يتعين على المضطر مخالفة الأوامر أو النواهي الشرعية**، أو ألا يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى من المباحات إلا المخالفة، بأن يوجد في مكان لا يجد فيه إلا ما يحرم تناوله، ولم يكن هناك شيء من المباحات يدفع به الضرر عن نفسه، حتى ولو كان الشيء مملوكاً للغير. فلو وجد مثلاً طعاماً لدى آخر فله أن يأخذه بقيمته، وعلى صاحب الطعام أن يبذله له.

ومن استطاع في الأحوال العادية أن يقترض من غيره دون فائدة، فلا يجوز له إطلاقاً الاقتراض بفائدة أو البيع بالرِّبا.

وعند مخالفة الأوامر ينبغي أن يؤذن شرعاً للمضطر التَّحلل من الواجب.

٣ - أن يكون في حالة وجود المحظور مع غيره من المباحات، أي في الحالات المعتادة **عذر يبيح الإقدام على الفعل الحرام**، وبعبارة أوجز أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يخشى على النفس والأعضاء، كما لو أُكره إنسان على أكل الميتة بوعيد يخاف منه تلف نفسه أو تلف بعض أعضائه، مع وجود الطيبات المباحة أمامه، أو يخاف إن عجز عن المشي وانقطع عن الرفقة، أو عجز عن الركوب، هلك. وقد صرح الشافعية والحنابلة أن كلّ ما يبيح التيمم يبيح تناول الحرام، فيلاحظ خوف حصول الشيء الفاحش في عضو ظاهر كخوف طول المرض، مما يبيح كلّ منهما التناول من الحرام.

٤ - **ألا يخالف المضطر مبادىء الشريعة الإسلامية الأساسية** التي ذكرتها، من حفظ حقوق الآخرين، وتحقيق العدل وأداء الأمانات، ودفع الضرر، والحفاظ على مبدأ التدين وأصول العقيدة الإسلامية، فمثلاً لا يحلُّ الزّنا والقتل والكفر والغصب بأي حال، لأن هذه مفاسد في ذاتها. ومن الأمثلة: ما يقول متقدمو الشافعية في هذه المناسبة: إن بيع المعاطاة قد غلب في هذا الزمان، ولو رفع إلى حاكم لم يجز له

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٩.

تصحيحه، **لأن ما خالف قواعد الشرع لا أثر فيه للضرورة**[١]. إذ إنهم كما هو معلوم لا يجيزون بيع التعاطي[٢] لمصادمته لأصل شرعي في رأيهم، وهو قول النَّبي ﷺ: «إنما البيع عن تراضٍ»[٣]. أي لا بدَّ فيه من إيجاب وقبول يدلان على الرِّضا، والحق يقال: إن هذه نظرة سطحية، لأن كلّ ما يدل على الرِّضا في عرف الناس صراحة أو ضمناً ينعقد به العقد، ومنه حالة التعاطي، بل قد يكون الفعل أحياناً أدلَّ على الرِّضا في العادة من القول، لذا رجح النووي وغيره جواز المعاطاة.

ومن مخالفة مبادئ الشريعة الصلح الدائم مع اليهود، إذ لا يجوز الصلح مع الأعداء إلا على أساس قواعد عهد الذِّمة والتزام الأحكام الإسلامية، كما لا يجوز إقرار الغاصب لبلادنا على غصبه. وكل ما يجوز هو الهدنة المؤقتة التي يجوز تمديد مدّتها بحسب الضرورة أو الحاجة.

٥ - أن يقتصر فيما يباح تناوله للضرورة في رأي جمهور الفقهاء **على الحدّ الأدنى** أو القدر اللازم لدفع الضرر، لأن إباحة الحرام ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، وسأفصِّل الكلام عن هذا المعنى في قواعد الضرورة.

٦ - أن يصف المحرم - في حالة ضرورة الدواء - **طبيب عدل ثقة في دينه وعلمه**، وألا يوجد من غير المحرم علاج أو تدبير آخر يقوم مقامه حتى يتوافر الشرط السابق، وهو أن يكون ارتكاب الحرام متعيناً.

٧ - أن يمرَّ - في رأي الظاهرية - على المضطر للغذاء **يوم وليلة**[٤]، دون أن

---

(١) قواعد الزركشي: ق ١٣٧ ب.

(٢) بيع المعاطاة أو بيع المراوضة هو أن يتفق المتعاقدان على ثمن ومثمن، ويعطيان من غير إيجاب ولا قبول، وقد يوجد لفظ من أحدهما. وقد اقتصر متقدمو الشافعية على جواز المعاطاة في المحقرات كحزمة بقل ورغيف، قال العز بن عبد السلام في قواعده (٢/ ١١٦ ط الاستقامة): المعاطاة في المحقرات قائمة مقام الإيجاب والقبول لمن جلس في الأسواق للبيع والشراء؛ لأنها دالَّة على الرِّضا بالمعاوضة دلالة صريح الألفاظ.

(٣) رواه البيهقي وابن ماجه وصححه ابن حبان من حديث أبي سعيد.

(٤) قال ابن حزم الظاهري: حدّ الضرورة أن يبقى يوماً وليلة لا يجد فيها ما يأكل أو ما يشرب، فإن خشي الضعف المؤذي الذي إن تمادى، أدى إلى الموت أو قُطع به عن طريقه وشُغْله، حلَّ له الأكل والشرب فيما يدفع به عن نفسه الموت بالجوع أو العطش (المحلّى ٧/ ٥٠٠، م ١٠٢٥).

يجد ما يتناوله من المباحات، وليس أمامه إلا الطعام الحرام. وتحديد المدة على هذا النحو مأخوذ من الحديث الشريف السابق في إباحة أكل الميتة ومعناه «أن يأتي الصبوح والغبوق، ولا يجد ما يأكله»، أي أن يأتي الصباح والمساء، ولا يجد الإنسان طعامهما أو لبنهما المعتاد المعروف بالصبوح والغبوق.

والأصح أنه لا يتقيد الاضطرار بزمن مخصوص، لاختلاف الأشخاص في ذلك.

قال الإمام أحمد: إن الضرورة المبيحة هي التي يخاف التَّلف بها إن ترك الأكل من الحرام، وذلك إذا كان المضطر يخشى على نفسه، سواء أكان من جوع أم يخاف إن ترك الأكل من الميتة ونحوها، عجز عن المشي، وانقطع عن الرفقة، فهلك، أو **يعجز** عن الركوب فيهلك، **ولا يتقيد ذلك بزمن محصور**[1].

٨ - أن يتحقق ولي الأمر - في حال الضرورة العامة - من **وجود ظلم فاحش**، أو ضرر واضح، أو حرج شديد، أو منفعة عامة بحيث تتعرض الدولة للخطر، إذا لم تأخذ بمقتضى الضرورة، وبناء عليه تسامح بعض الفقهاء في شؤون العلاقات الخارجية أو التجارة الدولية، فأجازوا مثلاً للدولة في تعاملها مع الأجانب دفع أتاوات سنوية لدفع خطر الأعداء، أو من أجل المحافظة على كيان البلاد، كما أن بعض الفقهاء أجاز دفع فوائد ربوية عن قروض خارجية تمس إليها حاجة الدولة العامة.

٩ - أن يكون الهدف في حالة فسخ العقد للضرورة هو **تحقيق العدالة**، أو عدم الإخلال بمبدأ التوازن العقدي بين المتعاقدين، وسأوضِّح ذلك عند بحث نظرية الظروف الطارئة ونحوها.

---

(١) المغني ٨/ ٥٩٥ وما بعدها، كشاف القناع ٦/ ١٩٤، ط مكة.

المبحث الخامس

حالات الضرورة

حدَّد القرطبي حالات الضرورة فقال: «الاضطرار لا يخلو أن يكون بإكراه من ظالم أو بجوع في مخمصة»[1]. وقال الفخر الرازي: «الضرورة لها سببان: أحدهما الجوع الشديد ونحوه مع عدم وجدان الحلال، الثاني - أن يكرهه على التناول مُكْرِه»[2]. وقال ابن العربي: «الاضطرار إما بإكراه من ظالم أو بجوع في مخمصة، أو بفقر لا يجد فيه غيره»[3]. فالضرورة إذن على رأي هؤلاء نوعان أو ثلاثة: إكراه وجوع وفقر[4]، والواقع أن للضرورة بمعناها الأعم الشامل لكل ما يستوجب التخفيف على الناس حالات كثيرة أهمها أربع عشرة حالة وهي:

ضرورة الغذاء (الجوع أو العطش)، والدواء، الإكراه، النسيان، الجهل، العسر أو الحرج، وعموم البلوى، السفر، المرض، النقص الطبيعي[5].

وتشمل حالة العسر أو الحرج الدفاع الشرعي، واستحسان الضرورة أو الحاجة، والمصلحة المرسلة لضرورة أو حاجة، والعرف، وسدِّ الذرائع، والظفر بالحق.

---

(١) الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٢٢٥.

(٢) التفسير الكبير ٢/ ٢٠٧.

(٣) أحكام القرآن ١/ ٥٥.

(٤) قال المالكية: من شروط إقامة الحدّ على السارق ألّا يضطر إلى السرقة من جوع (القوانين الفقهية ٣٥٩).

(٥) قال الفقهاء: إن أسباب التخفيف في العبادات وغيرها سبعة: السفر، والمرض، والإكراه، والنسيان، والجهل، والعسر، وعموم البلوى، والنقص.

فإذا وجدت حالة ضرورة من هذه الحالات، أبيح المحظور، أو جاز ترك الواجب، على ما سأبين في بحث حكم الضرورة، وأذكر هنا هذه الحالات:

الحالة الأولى - ضرورة الغذاء والدواء

لقد نصَّ القرآن الكريم صراحة على ضرورة الجوع أو المخمصة، فأجاز للمضطر أكل الميتة والخنزير، وشرب الدم والخمر وتناول طعام الغير، والأطعمة النجسة والمياه النجسة، قال أبو بكر الجصاص عند تفسيره لآيات الضرورة: «قد ذكر الله تعالى الضرورة في هذه الآيات، وأطلق الإباحة في بعضها بوجود الضرورة من غير شرط ولا صفة، وهو قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ٦/ ١١٩]، فاقتضى ذلك وجود الإباحة بوجود الضرورة في كلّ حال وجدت الضرورة فيها[١]». وعلى هذا فلا فرق بين محرَّم ومحرَّم، ولا بين حال وحال من حالات الاضطرار، ويحلُّ كل محرم للمضطر، سواء أكان ذلك للغذاء أم للدواء، فالجوع ونحوه ضرر يدفع الإنسان إلى تكلف أكل الميتة ونحوها، وإن كان يعافها طبعاً ويتضرر بها لو تكلف أكلها في حال الاختيار، سواء أكان بها علّة أم لا، وقد وافق الشرع الفطرة فأباح للمضطر أكل الميتة والمحرمات لهذه الضرورة، ولا يبيح ذلك أي جوع يعرض للإنسان، ولا الجوع الشديد مطلقاً، بل الجوع الذي لا يجد معه الجائع شيئاً يسدّ رمقه إلا المحرم[٢].

رأي مالك وأحمد في تناول الخمر:

لم يجز الإمامان مالك وأحمد تناول شيء من الخمر حال الضرورة لجوع أو عطش؛ لأنها لا تفيد في ذلك إلا لإساغة الغصة، فيجوز إزالتها بالخمر عند عدم ما يسيغها به من غيره، قال مالك: إن الضرورة إنما ذكرت في الميتة ولم تذكر في الخمر، وإنما حرمها الله تعالى في مواضع، في قوله سبحانه: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ

(١) أحكام القرآن ١/ ١٤٧، البدائع ٥/ ١٢٤.
(٢) تفسير المنار ٦/ ١٦٨.

﴿ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ﴾ [البقرة: ٢/ ٢١٩]، وقوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّىَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَٱلْإِثْمَ[١] وَٱلْبَغْىَ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ﴾ [الأعراف: ٧/ ٣٣]، وقوله عزّ وجلّ: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٥/ ٩٠]، وذلك يقتضي التحريم[٢]. وأرى أن الضرورة تبيح تناول كلّ المحرمات المطعومات، لعموم آية: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ٦/ ١١٩]. ولأنه إذا كان القصد من إباحة الميتة والدم ونحوهما هو إحياء النفس بتناول شيء منهما خوفاً من التّلف، فإن ذلك المعنى موجود في سائر المحرمات، مما يقتضي أن يكون حكمها كلها واحداً، لوجود الضرورة[٣]. وقال ابن رشد المالكي: إذا لم يجد المضطر شيئاً حلالاً يتغذى به، جاز له استعمال المحرمات في حال الاضطرار، ولا خلاف في ضرورة التغذي[٤].

عموم ضرورة الغذاء: كما أن الحرام عام في كلّ الأمكنة والأزمنة والأشخاص والحالات، كذلك حكم الضرورة المستثناة يقتضي إباحة المحرمات عند الاضطرار إليها في كلّ الأوضاع حضراً أم سفراً[٥]، لأن آيات الضرورة مطلقة غير مقيدة بحال معينة، وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ﴾ لفظ عام في حق كل مضطر، ولأن الاضطرار قد يكون في الحالات العادية وقت الإقامة، كأن توجد مجاعة مثلاً، ولأن سبب إباحة المحرمات أيضاً وهو الحاجة إلى حفظ النفس عن الهلاك قد يتحقق في حال الإقامة وحال السفر.

ويرى الإمام أحمد أن الميتة لا تحلُّ لمن يقدر على دفع ضرورته بالسؤال[٦]، أي الاستجداء.

---

(١) الإثم عام لكل ذنب، وقيل: شرب الخمر. قال بعضهم:

شربت الإثم حتى ضلّ عقلي ... كذاك الإثم يذهب بالعقول

(٢) القوانين الفقهية ١٧٣، الشرح الكبير للدردير ٢/ ١١٥، زاد المعاد ٣/ ١١٤ وما بعدها، تفسير القرطبي ٢/ ٢٢٨، الإفصاح لابن هبيرة ٣٧٤.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٥١.

(٤) بداية المجتهد ١/ ٤٦١.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المغني ٨/ ٥٩٦.

الأكل من ثمار البساتين المملوكة للغير: من مرَّ في طريقه ببستان فيه أشجار مثمرة فله أن يأكل من فاكهته الرّطبة عند الضرورة، بشرط الضمان، أي دفع القيمة، فإن لم يكن هناك ضرورة للأكل، فلا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً بغير إذن صاحبه، كما لا يجوز له أن يحمل معه شيئاً، لقوله ﷺ: «لا يحلُّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»[١]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا»[٢].

وهذا رأي جمهور الفقهاء[٣]. وقال الإمام أحمد: إذا لم يكن للبستان حائط، يأكل الإنسان منه إذا كان جائعاً، وإذا لم يكن جائعاً، فلا يأكل. قال أحمد: «وقد فعله غير واحد من أصحاب النبي ﷺ». فإذا كان عليه حائط لم يأكل، لأنه قد صار شبه الحريم، ولقول ابن عباس: «إن كان عليها حائط فهو حريم، فلا تأكل، وإن لم يكن عليها حائط، فلا بأس»، ولأن إحراز الثمار بالحائط يدلُّ على شحِّ صاحبه به وعدم المسامحة فيه.

وقال صاحب (كشاف القناع) الحنبلي[٤]: «من مرَّ بثمر ساقط تحت شجر لا حائط عليه ولا حافظ، غير مسافر ولا مضطر، فله أن يأكل منه مجاناً ولو لغير حاجة إلى أكله».

وقال الحنفية: تناول الثمار الساقطة تحت الأشجار خارج المصر إذا كانت مما لا يبقى، فللمارِّ أخذها ما لم يعلم النهي عن ذلك من أصحابها. وإن كانت على الأشجار، فالأفضل ألا يأخذ منها إلا أن يعلم أن أصحابها لا يشحّون بها فله الأكل منها دون أن يحمل. فإن كانت الشجرة بارزة أغصانها إلى الطريق وسقط من ثمرها شيء فيه، جاز أكله[٥].

---

(١) رواه الحاكم وابن حبان في صحيحيهما عن أبي حميد الساعدي بلفظ: «لا يحلُّ لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيبة نفس منه».

(٢) رواه البخاري ومسلم. وفي معناه ما روى مسلم وغيره عن أبي هريرة: «كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه».

(٣) ردّ المحتار والدّر المختار ٥/ ٢٣٨، المهذب ٢/ ٢٥١، الميزان للشعراني ٢/ ٥٩.

(٤) راجع: ٦/ ١٦١.

(٥) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ٢٨٠، ٢٨٥.

واستدلَّ الحنابلة على جواز الأكل للحاجة في حال عدم وجود حائط للبستان بأدلة منها الأحاديث التي ذكرناها في إباحة مال الغير، مثل قوله ﷺ: «ما أصاب منه من ذي حاجة غير متخذ خبنة[١]، فلا شيء عليه، ومن أخرج منه شيئاً. فعليه غرامة مثليه والعقوبة». قال الترمذي: هذا حديث حسن. ومثل قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا أتيت على حائط - أي بستان - فنادِ صاحب البستان ثلاثاً فإن أجابك، وإلا فَكُلْ من غير أن تفسده»[٢].

وروي عن أبي زينب التيمي، قال: «سافرت مع أنس بن مالك وعبد الرحمن بن سمرة وأبي بردة، فكانوا يمرّون بالثمار، فيأكلون في أفواههم»، وهو قول عمر وابن عباس وأبي بردة، قال عمر: «يأكل ولا يتخذ خُبْنة».

هذا.. وقد رويت رواية أخرى عن الإمام أحمد أنه أجاز الأكل من ثمار البساتين غير المحوطة مطلقاً، سواء أكان المارّ جائعاً أم لا[٣]. وهذه الرواية هي التي اعتمدها صاحب كشاف القناع كما سبق ذكره.

وأيّد الشوكاني هذا الرأي أخذاً بظاهر الأحاديث الواردة والتي خصصت بها الأحاديث التي تحرم أخذ مال الغير بغير حق، وقد نقلت فيما مضى قوله[٤]، وهذا أمر منطقي أباحه العرف القائم بين الناس، فإنهم يتسامحون عادة في تناول الثمار الساقطة المتروكة تحت شجرها في أراضي البساتين بلا إذن صاحبها؛ إلا إذا كان قائماً بالتقاطها أو نهى الناس عن التناول منها[٥].

الأكل من الزرع: روي عن الإمام أحمد روايتان فيمن مرَّ بزرع الغير، فأراد الأكل منه للحاجة: إحداهما - قال: لا يأكل، إنما رخص في الثمار ليس الزرع؛ وقال: ما سمعنا في الزرع أن يمسّ منه؛ ووجه الفرق بينهما أن الثمار خلقها الله تعالى للأكل رطبة؛ والنفوس تتوق إليها؛ أما الزرع فهو بخلاف ذلك. والثانية - قال: يأكل من الفريك؛ لأن العادة جارية بأكله رطباً، فأشبه الثمر.

---

(١) الخبنة: ما تحمله في حضنك، وقد سبق إيضاح معناها.
(٢) سبق تخريج وتحقيق هذه الأحاديث.
(٣) المغني ٨/ ٥٩٥ وما بعدها، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ٣٠.
(٤) نيل الأوطار ٨/ ١٥٥.
(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨١.

قال ابن قدامة: والأولى في الثمار وغيرها ألا يأكل منها إلا بإذن صاحبها لما فيه من الخلاف، والأخبار الدالة على التحريم[(١)].

حلب ماشية الغير: وعن أحمد أيضاً روايتان في حلب الماشية: إحداهما: يجوز للمحتاج أن يحلب ويشرب من ماشية الغير؛ ولكن لا يحمل معه شيئاً للحديث السابق ذكره عن سمرة أن النَّبي ﷺ قال: «إذا أتى أحدكم على ماشية فإن كان فيها صاحبها؛ فليستأذنه؛ فإن أذن له فليحلب وليشرب؛ وإن لم يكن فيها فليصوِّت ثلاثاً؛ فإن أجابه أحد فليستأذنه؛ وإن لم يجبه أحد فليحلب وليشرب ولا يحمل»[(٢)].

والرواية الثانية: لا يجوز له أن يحلب ولا يشرب[(٣)] لقوله ﷺ: «لا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه؛ أيحب أحدكم أن تؤتى مَشْربته، فتكسر خزانته، فينقل طعامه، فإنما يخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم؛ فلا يحلبن أحد ماشية أحد إلاّ بإذنه»، وفي لفظ: «فإن ما في ضروع مواشيهم مثل ما في مشاربهم»[(٤)].

هل يجوز تناول لحوم البشر عند الضرورة القصوى: إذا خاف الإنسان هلاك نفسه من الجوع الشديد؛ ولم يجد إلا إنساناً حيّاً مثله، لم يبح له قتله إجماعاً، ولا إتلاف عضو منه، مسلماً كان أو كافراً، لأنه مثله، فلا يجوز أن يبقي نفسه بإتلافه. وهذا لا خلاف فيه. وكذلك لا يجوز عند المالكية، والأصح عند الحنفية والحنابلة والظاهرية: الأكل من ميتة ابن آدم؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «كسر عظم الميت ككسره حيّاً»[(٥)]، فلا يجوز إذن أن يتناول المضطر شيئاً من الآدمي سواء أكان حيّاً أم ميتاً؛ حتى ولو مات المضطر، لأن الآدمي ولو كافراً مكرم شرعاً. **هذا ما أرجحه وأقول بالأخذ به، حفاظاً على مبدأ حرمة الإنسان وكرامته.**

---

(١) المغني ٨/ ٥٩٩.

(٢) رواه الترمذي، وقال: هذا حديث حسن صحيح، وقد سبق تخريجه.

(٣) المغني، المكان السابق.

(٤) متفق عليه بين البخاري ومسلم. والمشرَبة والمشرُبة: موضع الشرب، وبكسر الميم: إناء يشرب به.

(٥) رواه أحمد في مسنده، وأبو داوود وابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها.

لكن أباح الحنابلة أكل الآدمي الميت غير المعصوم، أي مباح الدم كالحربي والمرتد والزاني المحصن والقاتل في المحاربة.

وأجاز الشافعية وبعض الحنفية للمضطر أكل آدمي ميت إذا لم يجد ميتة غيره، لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت إلا إذا كان الميت نبيّاً، فإنه لا يجوز الأكل منه قطعاً، أو كان الميت مسلماً والمضطر كافراً، فإنه لا يجوز الأكل منه لشرف الإسلام، واستثنى بعض الشافعية أيضاً حالة أخرى وهي أنه لا يجوز أكل الميت المسلم ولو كان المضطر مسلماً. كذلك أجازوا مع الحنابلة للمضطر التناول من لحم مباح الدم بعد قتله كالحربي والمرتد، لا بقطع المضطر بعض أعضاء نفسه ليأكلها، لأن قتله مباح فلا حرمة له فهو بمنزلة السباع[١].

نقل الأعضاء وتشريح الجثث:

وعلى هذا، فإن الفقهاء متفقون على أنه لا يجوز في غير حالة الحرب الاعتداء ولو عند الاضطرار على حياة إنسان، كذلك أرى أنه لا يجوز استئصال عضو من إنسان يوشك أن يموت كالعين والقلب؛ لإعطائه إلى إنسان آخر، تحت ستار الضرورة والرحمة المزعومة بالإنسانية؛ إذ إن أجزاء الإنسان ليست مملوكة له، ولا يمكن القطع بموت المريض، إذ إنه لا يعلم الغيب إلا الله سبحانه؛ لذلك رأينا الكثيرين من أطباء العالم يعلنون أن عملية نقل القلب من رجل إلى رجل لا تتفق مع الأخلاق والقيم، لما فيها من تحقيق منفعة غير مضمونة النتائج غالباً، على حساب مصلحة وحياة إنسان آخر.

لكن إذا تأكد الطبيب المسلم الثقة العدل أن الذي يؤخذ قلبه أو عينه سيموت حتماً، جاز نقل القلب أو العين وزرعه لآخر مضطر إليه؛ لأن الحي أفضل من الميت، ورعاية المصالح أمر مطلوب شرعاً، وتحقيق النفع للآخرين مندوب إليه

---

(١) راجع المبسوط ٢٤/ ٤٨، الدّر المختار وردّ المحتار ٤/ ١١٠، و ٥/ ٢٣٨، أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٥٨، المغني ٨/ ٦٠١ وما بعدها، القوانين الفقهية ١٧٣، الشرح الكبير للدردير ٢/ ١١٥ وما بعدها، المهذب ١/ ٢٥١، مغني المحتاج ٤/ ٣٠٧، المستصفى ١/ ١٤١، تفسير القرطبي ٢/ ٢٢٩، كشاف القناع ٦/ ١٥٩، قواعد الأحكام ١/ ٨١.

في الإسلام، والضرورات تبيح المحظورات، لأنه يترتب على النقل إنقاذ مريض بالقلب، أو إعادة البصر لإنسان، وتوفير الحياة أو البصر نعمة عظمى مطلوبة شرعاً.

ويجوز التشريح لأغراض تعليمية أو لمعرفة سبب الوفاة وإثبات الجناية على متهم، عملاً بما أباحه المالكية والشافعية والحنفية، وقولهم بشقّ بطن الميت لإخراج مال غيره الذي ابتلعه إذا تعذَّر تسديده من التَّرِكة وكان المال كثيراً.

حالة العطش والعلاج: حالة العطش أو المداواة مثل حالة الجوع، لأن المحافظة على الحياة تقتضي إباحة كل ما يطفئ الظمأ؛ ويعالج الجسد، ويغذي النفس، وكثيراً ما يكون إهمال تعاطي الدواء سبباً في إحداث الوفاة؛ لهذا أجاز جمهور العلماء شرب الخمر عند ضرورة العطش أو الغصص أو الإكراه قدر ما تندفع به الضرورة[١].

التداوي بالخمر: اختلف الفقهاء في جواز التداوي بالخمر ونحوها من سائر المسكرات، فقال أئمة المذاهب الأربعة[٢]: يحرم على الراجح الانتفاع بالخمر للمداواة وغيرها، كاستخدامها في دهن أو طعام أو بلِّ طين؛ لقوله ﷺ: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرَّم عليكم»[٣]. وروى طارق بن سويد أنه «سأل النبي ﷺ عن الخمر، فنهاه، أو كره أن يصنعها، فقال: إنما أصنعها للدواء؟ فقال: إنه ليس بدواء ولكنه داء»[٤]. وروى أبو داوود والطبراني عن أبي الدرداء: «إن الله خلق الداء والدواء، فتداووا، ولا تتداووا بحرام» ورجاله ثقات. لكن قال فقهاء الحنفية: يجوز التداوي بالمحرم إن علم يقيناً أن فيه شفاء، ولا يقوم غيره مقامه، أما بالظن

(١) أحكام القرآن، المرجع السابق ١/ ١٤٧، الإفصاح لابن هبيرة ٣٧٤، بداية المجتهد ١/ ٤٦٢.

(٢) البدائع ٥/ ١١٣، حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٢٤، ٥/ ٣٢٠، المنتقى على الموطأ ٣/ ١٥٤، ١٥٨، المهذب ١/ ٢٥١، زاد المعاد ٣/ ١١٤، المغني ٤/ ٢٥٥، ٨/ ٣٠٨، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٢ وما بعدها، مغني المحتاج ٤/ ١٨٧، التاج والإكليل ٦/ ٣١٨، المحلى ٧/ ٥٦٢، ٦٠٨، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ٢٨٦.

(٣) رواه البخاري عن ابن مسعود، وكذا رواه عبد الرزاق والطبري، وابن أبي شيبة موقوفاً عليه، وذكره البيهقي وأحمد وأبو يعلى، والبزار مرفوعاً وابن حبان وصححه عن أم سلمة.

(٤) رواه مسلم وأحمد وأبو داوود وابن ماجه وابن حبان والترمذي وصححه هو وابن عبد البر.

فلا يجوز، وقول الطبيب لا يحصل به العلم (أي إن قول الطبيب الواحد لا يحصل به خبر يقيني لا يرقى إليه الشك)، ولحم الخنزير لا يرخص التداوي به، وإن تعين، ويرخص شرب الخمر للعطشان وأكل الميتة في المجاعة إذا تحقق الهلاك. ولا بأس بشرب ما يذهب بالعقل، فيقطع الأكِلة[١] ونحوه[٢].

وقيَّد الشافعية حرمة التداوي بالخمر إذا كانت صرفاً غير ممزوجة بشيء آخر تستهلك فيه .**أما الترّياق المعجون بها ونحوه** مما تستهلك فيه، فيجوز التداوي به عند فقد ما يقوم به مما يحصل به التداوي من الطاهرات، كالتداوي بنجس كلحم حية وبول، وكذا يجوز التداوي بما ذكر لتعجيل شفاء بشرط إخبار طبيب مسلم عدل بذلك، أو معرفته للتداوي به، وبشرط أن يكون القدر المستعمل قليلاً لا يسكر[٣].

قال العز بن عبد السلام: جاز التداوي بالنجاسات إذا لم يجد طاهراً يقوم مقامها، لأن مصلحة العافية والسلامة أكمل من مصلحة اجتناب النجاسة، ولا يجوز التداوي بالخمر على الأصح إلا إذا **علم أن الشفاء يحصل بها ولم يجد دواء غيرها**[٤].

وقيَّد الحنابلة جواز شرب الخمر لضرورة العطش بما **إذا كانت ممزوجة** بما يروي من العطش، فتباح حينئذ فقط، فإن شربها صرفاً أو ممزوجة بشيء يسير لا يروي من العطش، لم يبح له ذلك، وعليه عقوبة الحدّ المقررة[٥].

وقال الشيعة الإمامية: يجوز استعمال الخمر للضرورة مطلقاً، حتى للدواء كالترياق والاكتحال، لعموم الآية الدّالة على جواز تناول المضطر إليه[٦].

وقال بعض الزيدية: الأقرب جواز التداوي بالخمر، حيث خشي المريض التَّلف، أو تلف عضو منه، وقطع بحصول البرء بذلك، إذ هو حينئذ كمن غصَّ

---

(١) الأكلة - بفتح الهمزة وكسر الكاف -: داء في العضو يأتكل منه، أي في حال إجراء العمليات الجراحية.
(٢) الهدية العلائية للعلامة الشيخ علاء الدين عابدين ٢٥١.
(٣) مغني المحتاج ٤/١٨٨، الفقه على المذاهب الأربعة ١/٨.
(٤) قواعد الأحكام ١/٨١.
(٥) المغني ٨/٣٠٨، ٦٠٥.
(٦) الروضة البهية ٢/٢٩٠.

بلقمة، وإن لم يقطع بالشفاء لم يجز إذ الخبر يقتضي أن لا شفاء به، فيبطل ظنّ حصول الشفاء[١].

وقال بعض المالكية: من اضطر إلى خمر فإن كان بإكراه شرب بلا خلاف، وإن كان لجوع أو عطش فلا يشرب، وبه قال مالك في العتبية وقال: لا يزيده الخمر إلا عطشاً، وحجته أن الله تعالى حرَّم الخمر مطلقاً، وحرَّم الميتة بشرط عدم الضرورة .**وقال أبو بكر الأبهري**: إن ردت الخمر عنه جوعاً أو عطشاً، شربها، وقد قال الله تعالى في الخنزير: إنه ﴿رِجْسٌ﴾ فتدخل في إباحة الخنزير للضرورة بالمعنى الجلي الذي هو أقوى من القياس، ولا بدَّ أن تروي ولو ساعة، وتردّ الجوع ولو مدة.

فإن غصَّ الآكل بلقمة، فهل يسيغها بخمر أو لا؟ قيل: لا يسيغها بالخمر مخافة أن يدعي ذلك. وقال ابن حبيب من المالكية: يسيغها لأنها حالة ضرورة[٢].

ولقد أبان ابن العربي الرأي الراجح في الانتفاع بالخمر عند المالكية فقال[٣]: والصحيح أنه سبحانه حرَّم الميتة والدم ولحم الخنزير أعياناً مخصوصة، في أوقات مخصوصة، ثم دخل التخصيص بالدليل في بعض الأعيان، وتطرق التخصيص بالنص إلى بعض الأوقات والأحوال، فقال الله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ فرفعت الضرورة التحريم، ودخل التخصيص أيضاً بحال الضرورة إلى حال تحريم الخمر لوجهين:

أحدهما - حملاً على هذا بالدليل، كما تقدم من أنه محرم، فأباحته الضرورة كالميتة. والثاني - أن من يقول: إن تحريم الخمر لا يحل بالضرورة، ذكر أنها لا تزيده إلا عطشاً، ولا تدفع عنه شبعاً، فإن صحَّ ما ذكره كانت حراماً، وإن لم يصح - وهو الظاهر - أباحتها الضرورة كسائر المحرمات.

وأما الغاصّ بلقمة فإنه يجوز له فيما بينه وبين الله تعالى، وأما فيما بيننا فإن

---

(١) البحر الزخّار ٤/ ٣٥١.

(٢) تفسير القرطبي ٢/ ٢٢٨.

(٣) أحكام القرآن له ١/ ٥٦ وما بعدها.

شهدناه، فلا يخفى بقرائن الحال صورة الغصة من غيرها، فيصدق إذا ظهر ذلك، وإن لم يظهر حددناه[١] ظاهراً، وسلم من العقوبة عند الله تعالى باطناً.

وقال القرطبي - بعد أن ذكر آراء العلماء في التداوي بالخمر -: إن الأحاديث التي تمنع التداوي بالخمر يحتمل أن تقيد بحالة الاضطرار، فإنه يجوز التداوي بالسّم ولا يجوز شربه[٢].

وبهذا يظهر أن استعمال الكحول ومشتقاته في الأدوية جائز للضرورة إذ لا بدَّ منه لإذابة الدواء. وإذا كان السكر اضطرارياً كما في حالة العلاج الطبي أو الخطأ في تناول شيء كعصير فاكهة، فلا عقاب شرعاً على السكران. أما في حالة السكر الاختياري فيعاقب السكران على كلّ الجرائم التي يرتكبها. وفي كلّ الأحوال يسأل السكران مدنيّاً بدفع التعويض عما ارتكبه في أثناء سكره سواء أكان اضطرارياً أو اختيارياً.

التداوي بالميتة: ذكر القرطبي وابن العربي هذا الموضوع فقالا: أما التداوي بالميتة، فلا يخلو أن يحتاج إلى استعمالها قائمة العين أو محرقة، **فإن تغيرت بالإحراق**، فقال ابن حبيب: يجوز التداوي بها والصلاة؛ لأن الحرق تطهير، لتغير الصفات. وروي عن مالك أنه قال في المرتك[٣]: إذا وضعه في جرحه، لا يصلي به حتى يغسله.

وإن كانت الميتة قائمة بعينها فقد قال سحنون: لا يتداوى بها بحال، ولا بالخنزير، لأنه يمكن أن يحلَّ محلّها دواء آخر يؤخذ مما يباح استعماله من أصناف الأشياء[٤].

قال ابن العربي[٥]: والصحيح عندي أنه لا يتداوى بشيء من ذلك، لأن منه

---

(١) أي أقمنا عليه عقوبة الحد وهي ثمانون جلدة عند جمهور العلماء.
(٢) تفسير القرطبي ٢/ ٢٣١.
(٣) المرتك، نوع من الأدوية يصنع من عظام الميتة.
(٤) تفسير القرطبي ٢/ ٢٣٠ وما بعدها.
(٥) أحكام القرآن ١/ ٥٩.

عوضاً حلالاً، ولا يوجد في المجاعة من هذه الأعيان عوض، حتى لو وجد منها في المجاعة عوضاً لم يأكلها، كما لا يجوز التداوي بها لوجود العوض، ولو أحرقت لبقيت نجسة؛ لأن العين النجسة لا تطهر إلا بالماء الذي جعله الشرع مطهِّراً للأعيان النجسة، وقد روى مسلم «أن النبي ﷺ سئل عن الخمر أيتداوى بها؟ قال: ليست بدواء، ولكنها داء».

هذا.. وسأتكلم في بحث حكم الضرورة عن أمور كثيرة أخرى تتعلق بضرورة الغذاء وما في حكمها، كما في حال خطر الحريق أو إشراف سفينة على الغرق مثلاً، وهو معنى الضرورة بالمعنى الضيق الشائع بين الفقهاء.

الحالة الثانية - الإكراه الملجئ

الإكراه لغة: حمل الغير على أمر لا يرضاه، وهذا المعنى ينافي المحبة والرِّضا، وهو في اصطلاح الفقهاء: حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته لو ترك ونفسه. والأصح أنه يكفي أن يغلب على ظن المستكره وقوع ما هدد به من ضرب أو حبس أو أخذ مال يضرّه، ولا يشترط وقوع المهدد به بالفعل. ويثبت حكم الإكراه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به، سلطاناً كان أو غيره. ولم يذكر محمد بن الحسن من الحنفية حدّاً يعرف به درجة الإكراه، وإنما قال الحنفية: هو مفوض لرأي الحاكم[١].

والمقصود بالرِّضا هو ارتياح إلى فعل الشيء والرغبة فيه.

والمقصود بالاختيار هو ترجيح فعل الشيء على تركه أو على العكس.

والإكراه عند الحنفية نوعان: إكراه ملجئ أو كامل، وإكراه غير ملجئ، أو قاصر.

والإكراه الملجئ: هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار، كأن يهدد شخص غيره بما يلحق به ضرراً في نفسه، أو في عضو من أعضائه، وحكمه أن يُعدم الرِّضا، ويفسد الاختيار، مثاله: التهديد بالقتل، أو التخويف بقطع عضو من

---

(١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ٣٢٦.

الأعضاء، أو بضرب شديد متوالٍ يخاف منه إتلاف النفس أو العضو، سواء قلَّ الضرب أو كثر.

والإكراه غير الملجئ أو الناقص: هو التهديد بما لا يضرُّ النفس أو العضو، كالتخويف بالحبس أو التقييد بالقيد، أو الضرب اليسير الذي لا يخاف منه التلف، أو بإتلاف بعض المال، وحكمه أنه يُعدم الرِّضا، ولا يفسد الاختيار.

هذا.. وهناك نوع ثالث وهو **الإكراه الأدبي أو المعنوي** وهو الذي يعدم تمام الرِّضا ولا يعدم الاختيار، كالتهديد بحبس أحد الأصول أو الفروع أو الإخوة أو الأخوات ونحوهم. وحكمه أنه إكراه شرعي استحساناً لا قياساً - كما قرّر الكمال بن الهمام من الحنفية - ويترتب عليه عدم نفاذ التصرفات المكره عليها.

والإكراه الملجئ هو الذي يعد عند الفقهاء حالة من حالات الاضطرار الشرعية[١] لقوله ﷺ: «إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[٢]. وسأبحث هنا إجمالاً أثر الإكراه على المحظورات الشرعية الحسية، أي الفعلية بالنسبة لأحكام الآخرة وأحكام الدنيا.

أما بالنسبة لأحكام الآخرة في التصرفات الحسية أو الفعلية المكره عليها، فذلك يختلف باختلاف نوع التصرف، وأنواع التصرف الحسي ثلاثة: مباح، ومرخَّص فيه، وحرام.

١ - التصرف المباح بالإكراه:

هو أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر، فإن الإكراه الملجئ يبيح

(١) يظهر من هذا أن الاضطرار الشرعي أعمّ من الاضطرار القانوني، إذ إن الأول يشمل الإلجاء إلى الفعل، الذي يكون الدافع إليه هو القوة الطبيعية، كما يشمل الإكراه الذي يكون الدافع فيه إلى الفعل خارجاً عن ذات الشخص. أما الثاني وهو الاضطرار القانوني فهو قاصر على النوع الطبيعي فقط، ولا يعد الإكراه فيه اضطراراً (راجع بحث الإكراه للأستاذ الشيخ زكريا البرديسي ٢ وما بعدها).

(٢) رواه الطبراني في الكبير عن ثوبان وأبي الدرداء وأخرجه ابن ماجه وابن حبان والحاكم عن ابن عباس مرفوعاً، وذكره غيرهم.

تناول هذه الأشياء، لأن تحريمها ثبت في الأحوال العادية؛ أما عند الضرورة فقد أباحها الله تعالى بقوله: ﴿إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ والاستثناء من التحريم إباحة، حتى إن المستكره إذا امتنع عن تناولها حتى قتل؛ كان آثماً شرعاً، لأن ذلك إلقاء بالنفس إلى التهلكة[1]، والله تعالى يقول: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٥].

٢ - التصرف المرخَّص فيه بالإكراه:

وهو كإجراء كلمة الكفر على اللسان، مع اطمئنان القلب بالإيمان، أو سبِّ النَّبي محمد ﷺ ظاهراً، أو الصلاة إلى الصليب أو الأصنام شكلاً، أو إتلاف المال. فهذه الأمور لا تباح إطلاقاً، وإنما يرخَّص فعلها في الظاهر عند الإكراه الملجئ أو التام، أي إن الفعل لا يباح هنا، ولكنه يمنع المؤاخذة والمسؤولية، وإن امتنع المستكره عن فعلها حتى قتل، كان مثاباً ثواب الجهاد وصار شهيداً، لأن تحريمها على الشخص الممارس لها لا يسقط عنه، بل إن امتناعه عن الكفر عند الحنفية أفضل، حتى يكون ممن صدع بالحق. وبذلك يظهر أن المباحَ غيرُ المرخص فيه، فالضرورة إذا أباحت فعلاً ترفع الحرمة عنه، أما إذا كان أثرها هو الترخيص بالفعل، فإن الحرمة تظل قائمة فيه، ويقتصر أثر الضرورة على رفع الإثم فقط[2].

ولم يجز المالكية التَّلفظ بالكفر إلا في حال الإكراه على القتل فقط، أما الإكراه بقطع عضو، فلا يجعلونه مبيحاً لإجراء كلمة الكفر على اللسان.

والدليل على جواز النطق بالكفر في الظاهر: هو قوله تعالى: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا

---

(١) راجع البدائع ٧/ ١٧٦، تبيين الحقائق ٥/ ١٨٥، الدّر المختار ٥/ ٩٢، تكملة فتح القدير ٧/ ٢٩٨.

(٢) الفرق بين الرخصة والإباحة: هو أنه في الرخصة لا يباح ذلك الفعل بحيث ترتفع حرمته، بل يعامل معاملة المباح في رفع الإثم. وأما في الإباحة فترتفع الحرمة (شمس سماء الأسرار شرح مختصر المنار للشيخ محمد عبد الباقي الأفغاني ٢١) لذا قال الحنفية: الرخصة: ما يستباح بعذر مع قيام المحرم. وبناء قال الحنفية: الكفر والزنا والقتل لا تباح بحال. وأيدهم غيرهم في غير الكفر ظاهراً.

﴿فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿١٠٦﴾﴾ [النحل: ١٦/١٠٦]. وهذا هو مذهب جمهور العلماء، ومنهم الظاهرية[1].

٣ - التَّصرف الحرام الذي لا يؤثر فيه الإكراه إطلاقاً:

وهو قتل المسلم بغير حق أو قطع عضو من أعضائه، أو جرحه، أو ضرب الوالدين، أو الزِّنا بالمرأة، كلّ ذلك لا يباح، ولا يرخَّص بالإكراه أصلاً؛ لأن القتل حرام محض، والاعتداء حرام محض، لا يحتملان الإباحة مطلقاً، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ﴾ [الإسراء: ١٧/٣٣]. وقال سبحانه: ﴿وَٱلَّذِينَ يُؤْذُونَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتِ بِغَيْرِ مَا ٱكْتَسَبُوا۟ فَقَدِ ٱحْتَمَلُوا۟ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٥٨﴾﴾ [الأحزاب: ٣٣/٥٨]. وأما ضرب الوالدين فحرام سواء قلَّ أو كثر بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا﴾ [الإسراء: ١٧/٢٣]. وأما الزِّنا فهو حرام عقلاً، وفاحشة ومنكر أصيل شرعاً[2]، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: ١٧/٣٢]. قال المحب الطبري من الشافعية: لو اضطرت امرأة إلى الطعام، وامتنع المالك من بذله، إلا بوطئها زناً، لا يجوز لها تمكينه، بخلاف إباحة الميتة، فإن المضطر فيها إلى نفس المحرم وتندفع به الضرورة، وهذا الاضطرار ليس إلى المحرم، وإنما جعل المحرم وسيلة إليه، وقد لا تندفع به الضرورة، إذ قد يصر على المنع بعد وطئها[3].

وأما الأحكام الدنيوية في هذه التصرفات الثلاثة فهي أنواع ثلاثة:

---

(١) المراجع السابقة، الموافقات ١/ ٣٢٥، الشفاء للقاضي عياض ٢/ ٢٢٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٨، مخطوط قواعد الزركشي: ق ٢٣، قواعد تضبط للفقيه أصول مذهبه للزركشي: ق ٢٦ ب.

(٢) المراجع السابقة، وانظر كتب الأصول في أنواع التصرفات الثلاثة مثل: التقرير والتحبير: ٢/ ٢١١، مرآة الأصول: ٢/ ٤٦٤، شرح المنار: ٣٧٢، حاشية نسمات الأسحار: ٢٩٤، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ٣٢٣ وما بعدها.

(٣) المراجع السابقة، وانظر كتاب الأصول في أنواع التصرفات... مثل: التقرير والتحبير ٢/ ٢١١، مرآة الأصول ٢٠/ ١٦٤، شرح المنار ٣٧٢٠، حاشية نسمات الأسحار ٢٩٤، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ٣٢٣٠ وما بعدها.

النوع الأول – يشمل الإكراه على شرب الخمر، والإكراه على السرقة

١ - الإكراه على شرب الخمر:

إذا كان الإكراه ملجئاً، فلا يجب الحد[١] على المستكره على شرب الخمر باتفاق العلماء؛ لأن الحدّ الشرعي شرع زاجراً عن الجناية في المستقبل، وشرب الخمر المكره عليه ليس جناية، بل هو مباح.

ولا تنفذ تصرفات السكران المكره على الشرب عند جمهور العلماء، لأن نفاذ تصرفات السكران في حالة اختياره بدون إكراه عند من يقرر نفاذها، كان تغليظاً عليه، وزجراً له، ولا معنى للتغليظ في حالة الإكراه لأنه ليس قائم العقل، فهو كالمجنون.

٢ - الإكراه على السرقة:

إذا كان الإكراه تامّاً، فلا إثم على السارق الْمُستكرَه، ولا حدَّ عليه، للحديث السابق: «إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات.

النوع الثاني: يشمل الإكراه على الكفر، والإكراه على إتلاف المال

١ - الإكراه على الكفر:

إذا كان الإكراه كاملاً، فلا يحكم بالرِّدّة، ولا تَبِينُ امرأة المستكرَه اتِّفاقاً بين الفقهاء ما عدا المالكية فيما إذا كان التهديد بغير القتل، وأقدم المهدد على الكفر، فإنه يرتد عندهم، لأن غير القتل أقل خطورة من الكفر.

ويلاحظ أن الإكراه على الدخول في الإسلام يجعل المستكرَه مسلماً، والفرق بين هذه الحالة وحالة الإكراه على الكفر أن الإيمان في الحقيقة تصديق والكفر تكذيب، وذلك يحصل في القلب، والإكراه لا شأن له بالقلب. ففي حالة التصديق

---

(١) الحدّ عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى، أي لرعاية مصلحة المجتمع، ومقداره هنا ثمانون جلدة.

بالإسلام بالاختيار جعل اللسان دليلاً على ما في القلب ظاهراً، وفي حالة الإكراه على الكفر لا يجعل اللسان دليلاً على ما في القلب، لأن الإيمان أمر قلبي. أما في حالة الإكراه على الإسلام، فيحكم بالإسلام مع احتمال أنه كافر في قلبه، لأن ترجيح جانب الإسلام إعلاء الدين الحق، وإعلاء الدين الحق واجب، قال عليه الصلاة والسلام: «الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه»[(١)].

٢ - الإكراه على إتلاف المال:

إذا أكره شخص غيره على إحراق أثاث منزل لآخر مثلاً، وكان الإكراه ملجئاً، فالضمان أو التعويض الواجب هو على المكرِه عند الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية، لأن المستكرَه مسلوب الإرادة، وما هو إلا آلة للمكرِه، ولا ضمان على الآلة اتفاقاً[(٢)].

وقال المالكية والظاهرية وبعض الشافعية وجماعة من الحنابلة: الضمان على المستكرَه، لأنه يكون في هذه الحالة كالمضطر إلى أكل طعام الغير، ووجه الشبه إباحة فعل كلّ منهما؛ وكما أنه يجب ضمان المضطر طعام الغير، يجب على المستكرَه ضمان مال الغير.

وقال الشافعية في الأرجح عندهم: الضمان على المكرِه والمستكرَه، لأنه إتلاف صدر من المستكرَه حقيقة، ومن المكرِه بالتَّسبب، والتَّسبب في الفعل والمباشرة سواء، لكن يستقر الضمان في النهاية على المكرِه في الأصح.

---

(١) رواه الطبراني والبيهقي عن عمر بن الخطاب، ورواه نهشل عن معاذ، وروي موقوفاً على ابن عباس.

(٢) عبارة الحنفية في هذا: «وإن أكره شخص على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه، وسعه أن يفعل ذلك، لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حال المخمصة، ولصاحب المال أن يضمن الآمر، لأن المستكره آلة للمكره فيما يصح آلة له، والإتلاف من هذا القبيل». لكن لو صبر المستكرَه على القتل ولم يتلف المال لا يأثم وكان شهيداً. (راجع مختصر الطحاوي ٤٠٩ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب ١١١/٤ وما بعدها، مجمع الضمانات للبغدادي ٢٠٥، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ٣٢٨).

النوع الثالث: يتضمن الإكراه على القتل، والإكراه على الزِّنا:

١ - الإكراه على القتل:

اتَّفق الفقهاء على تأثيم من قتل غيره مكرهاً، واختلفوا في وجوب القصاص، أو تطبيق عقوبة الإعدام عليه إن كان الإكراه تامّاً.

فقال أبو حنيفة ومحمد، وداوود الظاهري، وأحمد في رواية عنه، والشافعي في قول له: لا قصاص على المستكرَه، وإنما يقتصّ من المكرِه، ويعزر المستكرَه، لقوله ﷺ: «عفوت عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرِهوا عليه». والعفو عن الشيء عفو عن مقتضاه، فكان مقتضى ما أكره عليه عفواً، ولأن المستكرَه مجرد آلة للمكرِه، إذ القاتل في المعنى هو المكرِه، وإنما الموجود من المستكرَه صورة القتل، فأشبه المستكرَه الآلة، ولا قصاص على الآلة.

وقال زفر وابن حزم الظاهري: يقتصّ من المستكرَه؛ لأن القتل وجد منه حقيقة حسّاً ومشاهداً؛ ولأنه أتى محرّماً عليه إتيانه، وأما المكرِه فهو متسبب؛ ولا قصاص بالتَّسبب عندهم؛ ولأن ما يبيحه الإكراه تبيحه الضرورة.

قال الطحاوي: وهذا القول أجود الأقوال، وبه نأخذ.

وقال أبو يوسف: لا يقتصّ من المستكرَه، ولا من المكرِه، لأن المكرِه ليس بقاتل حقيقة، وإنما هو مسبب للقتل، وإنما القاتل هو المستكرَه، ولما لم يجب القصاص على المستكرَه، فلأن لا يجب على المكرِه أولى، لكن يجب على المكرِه الآمر ضمان دية المقتول لوليه في ماله، ولا شيء على المأمور المستكرَه.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يقتصّ من المكرِه، والمستكرَه، لأن المستكره وجد منه القتل حقيقة، والمكرِه متسبب في القتل، والمتسبب كالمباشر، كما ثبت شرعاً.

ويظهر أن الرأي الأول هو أرجح الآراء، وهو مذهب أبي حنيفة.

وأما الدّية حال الإكراه ففي وجوبها روايتان عند الحنفية، أرجحهما أنها تجب على المكرِه.

وأما الإرث فلا يمنع منه المستكرَه الذي أُكرِه على قتل مورِّثه عند أئمة الحنفية ما عدا زفر.

٢ - الإكراه على الزِّنا:

الإكراه على الزِّنا إما أن يقع على المرأة أو على الرجل، فإذا أُكرهت المرأة على الزِّنا فلا يقام عليها الحدّ الشرعي[١] عند جمهور الفقهاء، سواء أكان الإكراه تامّاً أم ناقصاً، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَـٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَغُوا۟ عَرَضَ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۚ وَمَن يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ ٱللَّهَ مِنۢ بَعْدِ إِكْرَٰهِهِنَّ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [النور: ٢٤/٣٣]. فدلَّت هذه الآية على انتفاء الإثم عن المرأة المستكرَهة على الزِّنا، وإذا انتفى الإثم عنها ارتفع الحدّ.

وإذا أُكره الرجل على الزِّنا إكراهاً تامّاً، فلا يجب الحدّ أو توقيع العقاب على المستكرَه على الزِّنا عند الحنفية والشافعية على الأرجح عندهم، لأن الإكراه يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

وقال الحنابلة والمالكية: يجب الحدّ على الرجل الزاني، لأن هذا الفعل وهو الزِّنا لا يتحقق عادة بدون طواعية واختيار، وأوجب المالكية في مشهور مذهبهم الحدّ على المرأة المستكرَهة أيضاً[٢].

والذي يظهر لنا هو رجحان مذهب الشافعية والحنفية؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

والخلاصة: أن الإكراه الملجئ أو التام حالة ضرورة يبيح تناول المطعومات المحرمة، ويجيز إجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان، ولكنه لا يبيح الجرائم التي تضرّ بالأفراد كالقتل والجرح والزِّنا بالمرأة. والغصب.

---

(١) وهو الجلد مئة جلدة إذا كانت بكراً، فإن كانت محصنة (ثيِّباً) فعقوبتها الرَّجم.

(٢) المراجع السابقة المذكورة في أحكام الإكراه الأخروية، الشرح الكبير للدردير، وحاشية الدسوقي عليه ٤/٣١٨، المحلى لابن حزم ٨/٣٨١، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/١٣٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٩، القواعد لابن رجب ٢٨٦ وما بعدها، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ المفتي محمود حمزة ٣١٨.

أما بالنسبة للعقاب الشرعي المقرر على اقتراف بعض الجرائم كشرب الخمر والسرقة، والنُّطق بالكفر، والقتل والزِّنا، فلا يطبق على المستكرَه، كما لا يلزم بتعويض ما أتلفه من أموال الآخرين.

أثر الإكراه في التصرفات الشرعية، أو القولية المدنية:

قال الشافعية والحنابلة(١): إن انتهى الإكراه إلى حدّ الإلجاء لم يتعلق به حكم، وإن لم ينته إلى ذلك فهو مختار، وتكليفه جائز شرعاً وعقلاً. ففي حالة الإكراه الملجئ يسقط أثر التصرف رخصة من الله تعالى، مثل النسيان تماماً، ولهذا يباح للمستكرَه التَّلفظ بكلمة الكفر وشرب الخمر، والإفطار في رمضان(٢)، وإتلاف مال الغير، والخروج من الصلاة، ولا ينعقد يمين المستكرَه، ولا يحنث الحالف اختياراً بالإكراه على الفعل في الأظهر. وقد استثنى الإمام الغزالي في كتابه (البسيط) خمس مسائل:

أحدها: الإكراه على القتل لا يبيحه، ويجب القصاص في الأظهر، وقد ذكرت قريباً اختلاف العلماء فيه.

الثانية: الإكراه على الزِّنا - إن قلنا يتصور الإكراه عليه - فإنه لا يحلُّ به، وإن أسقط الحدّ. والفرق بينه وبين كلمة الكفر أن التَّلفظ بالكفر لا يوجب وقوع مفسدة الكفر حقيقة، إذ الكفر القبيح إنما هو الكفر بالقلب، بخلاف الزِّنا والقتل، فإنه يوجب المفسدة، أي إلحاق الضرر بالآخرين.

الثالثة: الإكراه على الإرضاع يثبت به التحريم.

---

(١) راجع مخطوط قواعد الزركشي: ق ٢٣ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٨، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ٥٨، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ٣٩ وما بعدها.

(٢) قال الحنابلة والشافعية في الأصح: إذا أُكره الصائم على الأكل والشرب وغيرهما من المفطرات ما عدا الجماع، فإنه لا يفطر، سواء أُكره على الفطر حتى فعله، أو فعل به بأن صبّ في حلقه الماء مكرَهاً، وإذا امتنع الغني عن أداء الزكاة الواجبة عليه، أخذها الإمام منه قهراً، وقامت نية الإمام مقام نيَّته. (القواعد والفوائد لابن اللحام ٤١، قواعد تضبط للفقيه أصول مذهبه للزركشي: ق ٢٧).

الرابعة: إكراه الحربي والمرتد على إعلان الإسلام يصح، بخلاف إكراه الذِّمي والمستأمن[١].

الخامسة: الإكراه في الطلاق على فعل الأمر المعلّق عليه، كدخول الدار، يوقع الطلاق في رأي بعض الفقهاء.

والحقيقة أن المستثنيات التي لا أثر للإكراه فيها كثيرة جمع النووي في تهذيبه منها مئة مسألة[٢]، وضابط ذلك هو أنه لا أثر لقول المستكرَه بغير حق، إلا في الصلاة فتبطل به في الأصح، ولا أثر أيضاً لفعله إلا في الرّضاع، والحدث، والتّحول عن القبلة في الصلاة، وترك القيام في الفريضة مع القدرة، وكذا القتل ونحوه في الأصح، أما الطلاق فلا يقع حال الإكراه[٣]. وقال الحنابلة: إن الإكراه لا يبيح الأقوال، وإن اختلف في بعض الأفعال، ويأثم المستكرَه على الفعل بلا خلاف[٤].

وأما أثر الإكراه على التصرفات المدنية عند الحنفية فإنه يختلف بحسب كون التَّصرف قابلاً للفسخ أو غير قابل الفسخ:

أولاً - التصرفات التي لا تحتمل الفسخ:

يرى الحنفية أنه لا أثر للإكراه على التصرفات الشرعية التي لا تحتمل الفسخ، كالطلاق، والنِّكاح، والظِّهار، واليمين، والعفو عن القصاص، فتكون هذه التصرفات نافذة مع الإكراه، لأنها لا تقبل الفسخ، فتصبح لازمة. فلو أُكره رجل على الطلاق أو النذر أو اليمين، أو الظِّهار أو النِّكاح، أو الرجعة وقع ذلك، لأنها

---

(١) الحربي من بيننا وبين بلاده حالة عداء وحرب. والمرتد من ترك الإسلام واعتنق غيره من الأديان. والذِّمي من أقام في بلاد الإسلام من غير المسلمين والتزم أحكام الإسلام عامة. والمستأمن هو الحربي الذي دخل بلاد الإسلام مؤقتاً.

(٢) راجع الأشباه والنظائر، ومخطوط قواعد الزركشي، المرجعين السابقين، شرح المجموع للنووي ٩/ ١٦٨.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٧، ٣/ ٢٨٩، مخطوط الزركشي، المكان السابق.

(٤) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام الحنبلي ٣٩.

تصرفات يستوي فيها الجدّ والهزل، والإكراه في معنى الهزل، لعدم القصد الصحيح للتصرف فيهما، وهذا يتمشى مع عموم الآية القرآنية: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٣٠].

ويرى بقية الأئمة غير الحنفية أن الإكراه يؤثر في هذه التصرفات فيفسدها، فلا يقع طلاق المستكرَه مثلاً، ولا يثبت عقد الزواج بالإكراه ونحو ذلك، لأن الله تعالى لما لم يرتب على التَّلفظ بالكفر حالة الإكراه أثراً في قوله عزّ وجلّ: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ﴾ [النحل: ١٦/١٠٦]، فلا يترتب على أي تصرف قولي مع الإكراه أي أثر من باب أولى، وقد قال ﷺ: «لا طلاق في إغلاق»[١]، والإغلاق أمر يعم الإكراه والغضب والجنون، وكلّ أمر انغلق على صاحبه علمه وقصده. وليس الإكراه كالهزل، فإن الهازل ينطق بالصيغة وهو راغب في التَّكلُّم بها، ومختار اختياراً صحيحاً، وإنما يريد الاستهزاء، فيجب أن يعاقب على ذلك تغليظاً وتشديداً عليه، وذلك بجعل عبارته صحيحة، أما المستكرَه فعلى العكس ليس له رغبة ولا اختيار صحيح في النُّطق بالصيغة، وإنما يقصد دفع الأذى عن نفسه، فيناسبه هذا التخفيف بإلغاء عبارته، وبه يعرف أن الإكراه في التصرفات غير القابلة للفسخ يعدّ من حالات الضرورة عند جمهور الفقهاء، ولا يعدّ ضرورة عند الحنفية.

ثانياً - التصرفات التي تحتمل الفسخ:

إذا أُكره الإنسان إكراهاً تامّاً أو ناقصاً على تصرف يحتمل الفسخ، كالبيع والشراء والهبة والإيجار ونحوها، فإن الإكراه عند جمهور الحنفية يفسده، أي إن التصرف نافذ، ولكنه فاسد، وحينئذ يملك المشتري المبيع بالقبض. وسبب فساد التصرف هو عدم توفر الرِّضا الذي هو شرط لصحة هذه التصرفات، مما يعطي المستكرَه بعد زوال الإكراه حق الخيار بين إمضاء التصرف وفسخه.

وقال المالكية وزفر من الحنفية: تكون هذه التصرفات موقوفة، لأن الرِّضا شرط في صحة العقد، لا في انعقاده، حتى لو أجاز المستكرَه ما أُكرِه عليه بعد زوال

---

(١) رواه أبو داوود وابن ماجه والحاكم وقال: على شرط مسلم.

الإكراه، أصبح العقد صحيحاً نافذاً، ولو كان العقد فاسداً، لما انقلب جائزاً، لأن الفاسد لا يعدّ نافذاً بمجرد الإجازة، فأشبه بيع الفضولي.

وقال الشافعية والحنبلية: تكون هذه التصرفات مع الإكراه باطلة غير صحيحة.

والخلاصة: أن الإكراه يعدّ من حالات الضرورة في هذه التصرفات، فلا يكون العقد صحيحاً، والاختلاف السابق بين الفقهاء محصور في بيان درجة التأثير على التصرف. ودليله من السُّنة في الجملة حديث حسن عن ابن عباس وهو: «إن الله تجاوز عن أُمتي الخطأ والنِّسيان وما استُكرِهوا عليه»، وما خطب به الناس علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقال: «سيأتي على الناس زمانٌ عضوضٌ يعضُّ الموسر على ما في يديه ولم يؤمر بذلك، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٣٧] ويبايع المضطرون، وقد نهى النَّبي ﷺ عن بيع المضطر، وبيع الغرر، وبيع الثمرة قبل أن تدرك»[١].

بيع التَّلجئة أو بيع الأمانة: من أنواع البيوع الاضطرارية التي لها حكم الهزل بيع التَّلجئة، وهو العقد الذي يباشره الإنسان لضرورة تعتريه ويصير كالمدفوع إليه، كما في حال الخوف من اعتداء ظالم على بعض ما يملك، فيتظاهر هو ببيعه لثالث فراراً منه، ويتم العقد مستوفياً أركانه وشرائطه؛ فهو ليس له من البيع إلا صورته، فلا قيمة له، لأن باطنه خلاف ظاهره، وهو أخص من الهزل، لأنه لا يكون إلا عن اضطرار. وحكمه عند جمهور الفقهاء أنه باطل، أي لا أثر له لاشتماله على الهزل، وعبارة الحنفية فيه: بيع المضطر وشراؤه فاسد.

وعند الشافعية: يعدّ العقد صحيحاً ويجعل له أثر وقيمة، لأن العقد تمَّ بأركانه وشروطه[٢]، ويشترك الهزل والإكراه في أن المتكلم بالكلام فيهما غير قاصد لموجب العقد وحقيقته[٣]، لذا فإن الراجح في تقديري هو رأي الجمهور.

---

(١) رواه أبو داوود في سننه (راجع السُّنن ٢/ ٢٢٩)، وإسناده ضعيف (راجع شرح المجموع ٩/ ١٧٠). وبيع المضطر هو أن يضطر الشخص إلى العقد من طريق الإكراه، فلا ينعقد العقد عند الجمهور.

(٢) راجع حاشية ابن عابدين ٤/ ١١١، ٢٥٥، كشف الأسرار ٢/ ١٤٧٧، مغني المحتاج ٢/ ١٦، المغني ٤/ ٢١٤، شرح المجموع ٩/ ٣٦٧

(٣) أعلام الموقعين ٣/ ١٣٤ وما بعدها.

أثر الإكراه في الإقرارات:

إذا أُكره إنسان بغير حق على أن يقرَّ بشيء، ففي هذا الإقرار مذهبان لفقهاء الإسلام:

١ - مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية: يقرر إلغاء الإقرار وعدم ترتب أي أثر عليه، سواء أكان المقرّ به مما يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة، أم مما لا يحتمل الفسخ كالطلاق والرّجعة، ودليله قوله ﷺ: «إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، ولفظ «ما» في الحديث يفيد العموم، فيكون حكم كلّ تصرف أكره عليه الإنسان مرفوعاً، والإقرار من جملة التصرفات.

٢ - مذهب المالكية يقرّر عدم لزوم إقرار المستكره بغير حق، أي إن المستكرَه بعد زوال الإكراه مخيَّر بين أن يجيز الإقرار وبين ألا يجيزه، لأن إقرار المستكرَه مثل طلاقه، لعدم الرِّضا في الحالتين، وكما أنه لا يلزم طلاق المستكرَه لا يلزم إقرار المستكرَه(١).

والخلاصة: أن الإكراه على الإقرار يعدّ حال ضرورة، لا يلزم به المقرّ.

الفرق بين الإكراه والضرورة بالمعنى الضيِّق:

يميز الفقهاء بين الإكراه وحالة الضرورة بالمعنى الضيِّق (أي ضرورة المخمصة

---

(١) ينظر في بحث أثر الإكراه على التصرفات الشرعية: البدائع ٧/ ١٨٢ - ١٨٩، تكملة فتح القدير ٧/ ٢٩٣ وما بعدها، ٣٠٣، مختصر الطحاوي ٤٠٩ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب ٤/ ١١١ وما بعدها، مجمع الضمانات ٢٠٤ وما بعدها، تبيين الحقائق ٥/ ١٨٢، ١٨٨، الدّر المختار ٥/ ٨٩ وما بعدها، ٩٦، الشرح الكبير للدردير ٢/ ٣٦٧، ٣٩٧، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩، المغني ٧/ ١١٨، ٨/ ١٩٦، غاية المنتهى ٢/ ٥، المحلى ٨/ ٣٨٠، بحث الإكراه للأستاذ زكريا البرديسي - القسم الثاني ٢٥، ٤٤، التقرير والتحبير ٢/ ٢٠٧ وما بعدها، كشف الأسرار ٤/ ١٥٠٢، التلويح على التوضيح ٢/ ١٩٧، مرآة الأصول ٢/ ٤٦١، فواتح الرحموت ١/ ١٦٦، حاشية نسمات الأسحار ٢٩٢، أعلام الموقعين ٤/ ١٨٣، روضة الناظر ١/ ١٤٢، شرح الإسنوي ١/ ١٧٣، شرح جمع الجوامع ١/ ٥٦، الإحكام للآمدي ١/ ٨٠، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام الحنبلي ٣٩ - ٤٩.

ونحوها)، فيقول البزدوي من علماء الأصول عند الحنفية: إن حال الضرورة أشد على النفس من حال الإكراه، فهي تبيح الفعل مطلقاً، أما الإكراه فقد يبيح الفعل، وقد لا يبيحه، فإذا ثبتت الإباحة في حال الإكراه عرف أن الاضطرار قد تحقق[1].

الفرق بين المضطهَد والمستكرَه:

قد يقرُّ شخص بحق تحت وطأة ظروف معينة، فهل يكون مكرهاً أو لا؟

أبيِّن أولاً المقصود من المضطهد، ثم أذكر الفرق بينه وبين المكره الذي أوضحه ابن قيم الجوزية.

المضطهد: هو الذي أحرج، فأقرَّ بحق حتى يسقط حقّاً آخر، وكان السَّلف يسمون مثل هذا مضطهداً، روى حماد بن سلمة عن الحسن: أن رجلاً تزوج امرأة، وأراد سفراً فأخذه أهلها (أي أحرجوه)، فجعلها طالقاً (أي طلّق امرأته)، إن لم يبعث بنفقتها إلى شهر، فجاء الأجل ولم يبعث إليها بشيء، فلما قدم، خاصموه إلى أمير المؤمنين علي كرَّم الله وجهه، فقال: اضطهدتموه حتى جعلها طالقاً، فردَّ عليه.

قال ابن القيم: ومعلوم أنه لم يكن هناك إكراه ولا أخذ مال، وإنما طالبوه بما يجب عليه من نفقتها، وذلك ليس بإكراه، ولكن لما تعنتوه باليمين جعله مضطهداً، لأنه عقد اليمين ليتوصل إلى قصده من السفر، فلم يكن حلفه عن اختيار، بل هو كالمحمول عليه.

والفرق بين المضطهد والمكره أن المكره قاصد لدفع الضرر باحتمال ما أُكره عليه، والمضطهد قاصد للوصول إلى حقه بالتزام ما طلب منه، وكلاهما غير راض، لكن لا يريد كلّ منهما إيقاع ما التزمه، فلا يترتب على إقرار كلّ منهما أي أثر[2].

---

(١) كشف الأسرار ٤/١٥٠٦، ١٥١٨.

(٢) أعلام الموقعين ٤/٣١ وما بعدها.

مقارنة:

أقارن ما ذكرته عن الإكراه بأحكام القانون الجنائي والقانون المدني.

أما بالنسبة للقانون الجنائي فقد جعل الإكراه من أسباب امتناع المسؤولية الجنائية أو من موانع العقاب، فقد نصّت المادة (٦١) من قانون العقوبات المصري على ما يعرف بحالة الضرورة، ويدخل في ضمنها حالة الإكراه المعنوي. أما امتناع المسؤولية الجنائية بسبب الإكراه المادي أو القوة القاهرة، فأمر مقرر بمقتضى المبادئ العامة الثابتة. وأما قانون العقوبات السوري فقد نصت المادة (٢٢٦) فيه على الإكراه بشكليه المادي والمعنوي، وأما حالة الضرورة فقد نصت فيه على حكمها المادتان (٢٢٨) و (٢٢٩)، وهي تعدّ من موانع العقاب.

والفرق بين هذه الأنواع الثلاثة للإكراه يظهر من تعاريفها الآتية:

الإكراه المادي هو القوة الغالبة التي يباشرها شخص عمداً ضدّ آخر، فيسلبه إرادته مادياً، وبصفة مطلقة فيما يأتيه من الأعمال الإيجابية أو السلبية، مثل أن يمسك شخص بيد آخر، ويرغمه بالقوة على توقيع أو ختم إيصال مزور أو أن يغتصب شخص امرأة متزوجة، ثم يرغمها على ارتكاب جريمة الزِّنا.

وأما القوة القاهرة فهي ذلك العامل - أيّاً كان مصدره - الذي يسلب الشخص إرادته بصفة مادية مطلقة، فيرغمه على إتيان عمل لم يرده، وما كان له دفعاً. وعلى هذا فالإكراه المادي داخل في معنى القوة القاهرة. والواقع أنه من الجائز استعمال العبارتين بغير تفرقة، للدلالة على معنى واحد وهو القوة المعدمة للإرادة مادياً وبصفة مطلقة.

وأما الإكراه المعنوي فهو العامل الذي مع إبقائه على الإرادة من الوجهة المادية، فإنه يشلُّ حركتها ويذهب بقيمتها. مثاله: حالة من يرتكب تزويراً تحت تأثير التهديد بقتله بطلقة من مسدس مصوب نحوه، أو المرأة المتزوجة التي ترتكب الزِّنا تحت تأثير التهديد بقتلها أو قتل طفلها.

وأما حالة الضرورة فهي الحالة التي يضطر فيها الإنسان إلى ارتكاب جريمة يقال

لها: جريمة الضرورة درءاً لخطر أو ضرر جسيم يوشك أن يقع، كلّ ذلك دون أن يفقد قدرته على الاختيار فقداً تامّاً، مثل حالة من يتهدده خطر الهلاك جوعاً فيسرق ما يقتات به. أو إلقاء بعض الأشخاص غيره في البحر حالة إشراف سفينة على الغرق لإعادة التوازن إلى السفينة.

ويميز فقهاء القانون الجزائي حالة الضرورة عن حالة الإكراه المعنوي من ناحيتين:

(الأولى) - أن مصدر الخطر أو الضرر الجسيم في حالة الإكراه المعنوي هو شخص آخر، قصد تهديد المكره بهذا الخطر أو الضرر، بينما مصدر الخطر في حال الضرر ظروف مختلفة تعزى إلى الصدفة.

(الثانية) - أن الإكراه المعنوي يُفقد المكرَه اختياره فقداً تاماً، بينما تبقى للشخص في حالة الضرورة فسحة للاختيار، وإن ضاق نطاقها[1].

ويترتب على وجود الإكراه بقسميه أو الضرورة امتناع تطبيق العقاب على الجريمة، دون أن يباح الفعل، وإنما يظل جريمة في تقدير القانون الوضعي.

أما في الشريعة فيعد الإكراه فيها مبيحاً أحياناً لبعض الأفعال المحرمة كشرب الخمر، وأكل الميتة ولحم الخنزير، ونحوها من المطاعم والمشارب، وهذا المعنى يشبه ما قرره التشريع الألماني، ويتجه إليه الفقه القانوني في جعل حالة الضرورة من أسباب الإباحة، لكن يمكن أن نجد شبيهاً لموانع العقاب أو المسؤولية الجنائية في القانونين المصري والسوري، وذلك في حال الترخيص بالفعل لدى فقهاء الإسلام دون إباحة له، مثل الترخيص بالنطق بالكفر ظاهراً عند الإكراه بالقتل أو قطع بعض الأعضاء. وكذلك يمتنع العقاب الجزائي شرعاً في جرائم لا يبيحها الإكراه ولا يرخص فيها، وهي القذف والسَّب والسَّرقة والغصب وإتلاف مال الغير، فهذه الجرائم لا عقاب عليها إذا أكره الإنسان على إتيانها إكراهاً تاماً. ولكن امتناع العقاب الجنائي على هذه الجرائم لا يعني رفع المسؤولية

---

(١) موجز القانون الجنائي لأستاذنا الدكتور علي راشد ٣٩٦ وما بعدها، المبادئ العامة في قانون العقوبات للدكتور محمد الفاضل ٤٣٨ وما بعدها، ط ثالثة.

المدنية، فيظل الجاني مسؤولاً مدنياً قِبل المالك بقيمة ما غصب أو سرق أو أتلف[١].

ويمتنع العقاب أيضاً عند جماعة من الفقهاء الشرعيين حالة الإكراه على الزِّنا.

ولا يباح الفعل ولا ترتفع العقوبة في جرائم الدم كالقتل والجرح والقطع. ولكن عند القانونيين السوريين يعدّ الإكراه سواء أكان مادياً أم معنوياً مانعاً من موانع العقاب.

وأما أثر الإكراه في التصرفات في القانون المدني فهو أنه يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه، بسبب أن الإكراه عيب من عيوب الإرادة[٢]. فيجوز للمستكره أن يرفع دعوى إلى القضاء لإبطال تصرف صادر منه تحت تأثير الإكراه[٣].

وكذلك يعدّ الإكراه في الفقه الإسلامي عيباً من عيوب الإرادة إلا أن أثره في المذهب الحنفي هو جعل العقد موقوفاً على رأي زفر، وهو الرأي الراجح فقهاً. وفي المذهب الشافعي والحنبلي يصير العقد باطلاً، وفي المذهب المالكي يكون العقد غير لازم، ومن المعلوم أن نظرية البطلان النسبي أو قابلية الإبطال في الفقه الغربي تقابل حالات سلب اللزوم عن العقد أو التخيير في فقهنا الإسلامي، وبذلك يلتقي القانون المدني في حكم الإكراه مع المذهب المالكي.

ويلاحظ أن الفقه الإسلامي اشترط في الإكراه على التصرفات الفعلية أن يكون الإكراه ملجئاً، وأما في التصرفات القولية أي التصرفات القانونية فيكفي لثبوت حكم الإكراه أن يكون الإكراه فيها غير ملجئ[٤].

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ١/ ٥٧١، نظرية الإباحة عند الأصوليين للأستاذ محمد سلام مدكور ٤٣٩.

(٢) عيوب الإرادة في القانون ثلاثة: وهي الغلط والتدليس والإكراه (راجع موجز النظرية العامة للالتزام لأستاذنا الدكتور عبد الحي حجازي ٣١٨، مصادر الحق للسنهوري ٢/ ١٩٠).

(٣) انظر المادة ١/١٢٧ من القانون المدني المصري، والمادة ١٢٨ من القانون المدني السوري.

(٤) مصادر الحق للسنهوري ٢/ ٢٢٥.

الحالة الثالثة - النسيان

النسيان والسهو في اللغة بمعنى واحد، وهو جهل الإنسان بما كان يعلمه ضرورة (أي دون نظر وتفكير) مع علمه بأمور كثيرة. أو هو عدم استحضار الشيء في وقت الحاجة إليه.

وحكمه: أنه يكون عذراً شرعياً، يرفع الإثم والمؤاخذة على ترك حقوق الله تعالى، أي عند إهمال بعض الواجبات الدينية أو الشرائط الشرعية، تيسيراً على الناس ودفعاً للحرج والمشقة عنهم، بدليل قوله ﷺ: «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»(١). قال العز بن عبد السلام: «النسيان غالب على الإنسان، ولا إثم على النسيان»(٢).

وأما بالنسبة لترتب الحكم(٣) على الفعل، فقد قسم الحنفية النسيان في شأنه إلى نوعين:

١ - إما أن يقع النسيان بتقصير من الإنسان، كالأكل في الصلاة، فإنه يفسدها لوجود حالة تذكر الإنسان بما هو فيه وهو هيئة الصلاة، فهذا النوع لا يعد معذرة شرعية أو ضرورة.

٢ - وإما ألا يقع بتقصير من الإنسان، فيكون النسيان عندئذ عذراً يسقط الإثم الأخروي، ولا يمنع من صحة الفعل، سواء أكان معه ما يكون داعياً إلى النسيان ومنافياً للتذكر، كالأكل في الصوم، نظراً لأن الطبيعة تنزع عادة إلى الأكل، فوجد الداعي إلى الأكل، مع عدم وجود المذكر، أم لم يكن هناك داع كترك التسمية عند الذبح، فلا داعي يدعو إلى تركها كما لا يوجد مذكر بها لإجرائها على اللسان، لأن ذبح الحيوان يوجب هيبة وخوفاً لنفور الطبع، فتكثر الغفلة عن التسمية في تلك الحالة لاشتغال القلب بالخوف، وحينئذ فلا مانع من أكل الذبيحة التي نسي الذابح

---

(١) قال النووي: حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما.
(٢) قواعد الأحكام ٢/٢.
(٣) المراد بالحكم هنا هو الأثر المترتب على الفعل.

ذكر اسم الله عليها رفعاً للحرج، ولأن المؤمن يذبح على اسم الله، قال عليه الصلاة والسلام: «تسمية الله في قلب كلّ مسلم»[١]. كذلك لا يفطر من أكل في رمضان ناسياً لقوله ﷺ: «من نسي وهو صائم فأكل أو شرب ناسياً فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه»[٢].

ومن تطبيقات ذلك أيضاً أن من نسي أداء الصلاة في وقتها لا يأثم، ومن سلَّم في التشهد الأخير من الصلاة ناسياً لا تبطل صلاته، ويكون ذلك عذراً، إذ لا تقصير من جهته، والنسيان غالب في تلك الحالة، لكثرة تسليم المصلي في القعود الأخير. ومن جامع امرأته في رمضان ناسياً للصوم، فلا كفارة عليه ولا يبطل صومه، إلا أن الحنفية ومثلهم الشافعية اتفقوا على أن النسيان لا يكون عذراً في بعض الحالات، منها لو نسي المحدث غسل بعض الأعضاء أو توضأ بماء نجس ناسياً، لا يكون وضوءه صحيحاً. ومنها لو صلى الإنسان قاعداً متوهماً عجزه عن القيام، ناسياً قدرته على القيام، لا تصح صلاته، كما أن من صلى ناسياً لطهارة الحدث، أو لنجاسة لا يعفى عن مثلها لا تصح صلاته، لأنه نسي مأموراً به.

ومنها لو فعل الحاج المحرِم بعض محظورات الإحرام ناسياً أو جاهلاً أو مكرهاً، كستر رأسه يوماً كاملاً، أو حلق مقدار ربع رأسه أو لحيته أو قصّ أظفار يديه أو رجليه، فيجب عليه إراقة دم عند الحنفية.

وإذا تذكر الناسي فإن كان مما لا يقبل التدارك كالجهاد والجمعات وصلاة الكسوف، سقط وجوبه بفواته، وإن كان مما يقبل التدارك من حقوق الله أو حقوق عباده كالصلاة والزكاة والصيام والنذور والديون والكفارات ونفقات الزوجات،

---

(١) أخرجه الدارقطني من حديث أبي هريرة باللفظ: «سأل رجل النبي ﷺ: الرجل منا يذبح وينسى أن يسمي بالله، قال: اسم الله على كلّ مسلم»، وفي لفظ: «على فم كلّ مسلم»، وفيه مروان بن سالم ضعيف (راجع نصب الراية ٤/ ١٨٣).

(٢) متفق عليه بين البخاري ومسلم، وقد قال جمهور العلماء بمقتضى هذا الحديث فلم يوجبوا القضاء على الناسي، وقال ربيعة ومالك: يجب القضاء على الناسي، لأن ما لا يصح الصوم مع شيء من جنسه عمداً لا يجوز مع سهوه، وتأولوا قوله: «فليتم صومه» بأن المراد فليتم إمساكه عن المفطرات.

وجب تداركه على الفور إن كان واجباً على الفور، وإن كان على التراخي، فهو باقٍ على تراخيه، والأولى تعجيله، لأنه مسارعة في الخيرات[١].

وأما ضمان ما يتعلق بحقوق العباد فلا يعدّ النسيان فيه معذرة شرعية، فلو أتلف إنسان مال الغير ناسياً، يجب عليه ضمان قيمته إن كان قيمياً أو دفع مثله إن كان مثلياً، لأن حُقوق العباد محترمة لحاجة الناس إليها، والضمان من الجوابر، والجوابر لا تسقط بالنسيان، بخلاف حقوق الله تعالى التي شرعت للابتلاء والاختبار، فتحتاج إلى القصد، والنسيان يُعدم القصد[٢]. والخطأ (وهو وقوع الفعل دون قصد) حكمه حكم النسيان يصلح عذراً في سقوط حقوق الله تعالى إذا حصل عن اجتهاد، كما يصلح شبهة في تطبيق العقوبات المقدرة (أي الحدود)، فلا يأثم المخطئ، ولا يؤاخذ بحدّ ولا قصاص، أي لا تطبق عليه العقوبات البدنية، وأما حقوق العباد فلا يصلح الخطأ فيها عذراً، فيجب ضمان المتلفات، وإنما يصلح سبباً مخففاً، كالدّية بدل القصاص في القتل الخطأ[٣].

مقارنة:

هذه الأحكام التي ذكرتها في حالتي النسيان والخطأ بالنسبة لحقوق الأفراد تتفق مع المبدأ المقرر في القانون المدني، فإن الإنسان يسأل مدنياً في كلّ حالات التقصير بإصلاح الضرر الناشئ عن خطئه، فيلزم بدفع الغرامة أو التعويض الذي يقدره القاضي. أما في نطاق القانون الجنائي، فإن الشارع الجنائي لا يجرم كافة الأوضاع التي تنطوي على معنى التقصير أو الإهمال، حتى ولو أدى بعض هذه الأوضاع إلى نتائج ضارة، فمن يأخذ سهواً عند انصرافه من مكان معطفاً لغيره، معتقداً أنه معطفه، لا يكون مسؤولاً عن إهماله مسؤولية جنائية.

---

(١) قواعد الأحكام ٢/ ٢.

(٢) مرآة الأصول ٢/ ٤٤١، كشف الأسرار للبزدوي ٤/ ١٣٩٦، التقرير والتحبير ٢/ ١٧٦ وما بعدها، التلويح على التوضيح ٢/ ١٦٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ١٠٦، ٢/ ١٣٥، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام الحنبلي ٣٠ وما بعدها، الفروق للقرافي ٢/ ١٤٩، قواعد الأحكام للعز ٢/ ٢ - ٣.

(٣) التوضيح ٢/ ١٩٥، الموافقات للشاطبي ٢/ ٣٤٧، ط المكتبة التجارية بمصر، قواعد الأحكام ٢/ ٣.

لكن يجرِّم بعض حالات النسيان أو الخطأ، فقد نصَّ قانون العقوبات السوري والمصري على حالات معينة للخطأ غير العمدي يعدّ الإنسان فيه مسؤولاً مسؤولية جنائية، مثل حالة القتل غير المقصود والإيذاء غير المقصود، والحريق غير المقصود، وفرار المحبوسين لإهمال الحراس، وتعطيل وسائل النقل والمواصلات خطأً[١]. وعقوبة هذه الجرائم الحبس بالأشهر أو بالسنوات، حسبما نصَّ عليه القانون.

الحالة الرابعة - الجهل

الجهل لغة: هو الذهول عن الشيء، وفي الاصطلاح الفقهي بالنسبة للإنسان: هو عدم العلم بالأحكام الشرعية بمختلف أنواعها كلها أو بعضها. فمن جهل حكماً شرعياً لأي سبب كان، هل يكون معذوراً في جهله، فلا يؤاخذ على تقصيره، أم أنه لا يكون معذوراً، وتطبق عليه الجزاءات الدنيوية والأخروية؟ هذا ما أودّ بحثه الآن، وذلك في ضوء ما قرره علماء أصول الفقه من أن شرط التكليف أو المطالبة من المشرع بأمر من الأمور هو أن يعلم المكلف المخاطب طلب الله للفعل في الواقع، أو يتمكن من علمه ومعرفته بالسؤال والتعلم، ويفترض وجود قرينة على العلم بمجرد وجود الشخص في دار الإسلام، فمتى بلغ الإنسان عاقلاً قادراً على أن يتعرف على الأحكام الشرعية بنفسه أو بسؤال أهل الذكر والعلم، صار عالماً ونفذت عليه الأحكام، ولا يقبل منه العذر بجهلها، لذا قال الفقهاء: **لا يقبل في دار الإسلام العذر بجهل الأحكام**[٢]، غير أن هذه القاعدة ليست على عمومها كما سأبيِّن.

والسبب في الاكتفاء بإمكان العلم بالحكم هو أنه لو شرط لصحة التكليف علم المكلف (أي البالغ العاقل) فعلاً بما كلف به، ما استقام التكليف، ولجأ كثير من الناس إلى الاعتذار بجهل الأحكام، وهذا تعطيل للأحكام، لهذا يقرر فقهاء

---

(١) راجع موجز القانون الجنائي للدكتور علي راشد ٤٣٠ وما بعدها، مبادئ قانون العقوبات للدكتور محمد الفاضل ٤٩٥ وما بعدها.

(٢) المستصفى ١/ ٥٥، حاشية البناني على شرح جمع الجوامع ١/ ٥٤، روضة الناظر ١/ ١٤٩، المدخل إلى مذهب أحمد لابن بدران ٥٨

القوانين الوضعية قيام قرينة على العلم بالقانون بمجرد إصداره ونشره في الجريدة الرسمية وغيرها من الطرق القانونية.

من يقبل منه ادِّعاء الجهل بالأحكام ومن لا يقبل:

وبناء على هذه القاعدة المذكورة، فإن الأحكام الشرعية الأساسية المقررة في القرآن والسنة وإجماع الأمة لا يجوز لمقيم في الديار الإسلامية أن يعتذر بجهلها. قال السيوطي الشافعي: «كلّ من جهل تحريم شيء مما يشترك فيه غالب الناس، لم يقبل، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام، أو نشأ ببادية بعيدة عن العلماء ويخفى فيها مثل ذلك، كتحريم الزِّنا والقتل والسرقة والخمر، والكلام في الصلاة، والأكل في الصوم، وقتل من شهد على غيره بارتكاب جريمة القتل فقتل، إذا رجع الشاهد عن شهادته، وقال مع الشاهد الآخر: تعمدنا الكذب ولم نعلم أنه (أي المشهود عليه) يقتل بشهادتنا، لأن ذلك لا يخفى على عوام الناس»[(١)]. وقال الحنابلة: «إذا زنى من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين، وادَّعى الجهل بتحريم الزِّنا، لم يقبل قوله، لأن ظاهر الحال يكذبه، وإن كان الأصل عدم علمه بذلك»[(٢)].

وأما الأحكام الشرعية التي لا يعلمها إلا المختصون من العلماء، فهذه يجوز للعوام أن يعتذروا بجهلها، ولا يسوغ ذلك للفقهاء[(٣)].

وبهذا يظهر أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالأحكام في الشريعة، وكذلك في القانون قد تستثنى منها حالات يمكن فيها جعل الجهل بالأحكام ضرورة ترفع الإثم والحرج، أي تمنع المسؤولية فقط، كالنسيان تماماً، عملاً بقوله ﷺ: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[(٤)].

---

(١) الأشباه والنظائر ١٧٦. وقال الحنفية: الجهل بالحكم في دار الإسلام لا يكون عذراً، وقالوا أيضاً: الجاهل إذا تكلم بكفر ولم يدر أنه كفر يعذر بالجهل، وقيل: لا يعذر، وهذا بخلاف الهازل والمستهزئ، فإنه يكون كفراً باتفاق. (راجع الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ٣٢٢، ٣٤٦).

(٢) القواعد لابن رجب ٣٤٣.

(٣) أصول الفقه لأستاذنا الشيخ محمد أبي زهرة ٣٣٤.

(٤) حديث حسن أخرجه ابن ماجه وابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه بهذا اللفظ من =

متى يصح الاعتذار بالجهل ومتى لا يصح عند الشافعية؟

قال السيوطي: إن الجهل والنسيان مسقطان للإثم مطلقاً، أي في الآخرة، وأما الحكم الدنيوي: فإن وقعا في ترك مأمور لم يسقط، بل يجب تداركه، ولا يحصل الثواب المترتب عليه بعدم الائتمار، أو فعل منهي ليس من باب الإتلاف، فلا شيء فيه، أو فيه إتلاف لم يسقط الضمان. فإن كان الفعل المنهي عنه يوجب عقوبة، كان الجهل أو النسيان شبهة في إسقاط العقاب.

١ - فمن أمثلة وقوع الجهل أو النسيان في ترك مأمور من نسي أو جهل صلاة أو صوماً أو حجّاً أو زكاة أو كفارة أو نذراً، وجب تداركه بالقضاء بلا خلاف. هذا في العبادات. أما في المعاملات فلو عقد إنسان عقداً فيه ربا فضل جاهلاً، فإن العقد يبطل اتفاقاً، لأن المماثلة بين العوضين شرط، بل العلم بها شرط أيضاً.

٢ - ومن أمثلة القسم الثاني - وهو وقوع النسيان أو الجهل في فعل منهي عنه ليس من قبيل الإتلاف - من شرب خمراً جاهلاً بأنه خمر(١)، فلا عقوبة عليه، لا بالحد ولا بالتعزير، ومن أتى بمفسد للعبادة ناسياً أو جاهلاً لا تفسد عبادته مثل الأكل والجماع في الصوم، وفعل ما ينافي الصلاة من كلام وغيره، وارتكاب محظورات الإحرام في الحج إذا لم تكن إتلافاً كلبس الثياب والاستمتاع بالنساء، والتطيب بالعطور، سواء جهل التحريم، أو كونه طيباً. وإذا اشترى الوكيل مبيعاً جاهلاً به فإنه يقع لحساب الموكل.

ومن حلف على شيء بالله أو بالطلاق أن يفعله فتركه ناسياً، أو حلف ألا يفعله،

= حديث ابن عباس. وأخرجه الطبراني والدارقطني بلفظ «تجاوز» بدل «وضع»، وأخرجه أبو القاسم التيمي في فوائده بلفظ «رفع»، وأخرجه ابن ماجه من حديث أبي ذر بلفظ: «إن الله تجاوز». وقال سعيد بن منصور في سننه عن الحسن عن النبي ﷺ: «إن الله عفا لكم عن ثلاث: عن الخطأ والنسيان وما استكرهتم عليه»، وأخرجه آخرون عن ثوبان وابن عمر وعقبة بن عامر وأبي بكر وأبي هريرة وأم الدرداء بألفاظ أخرى (راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ١٦٦، تهذيب الفروق ١/ ١٨٢).

(١) يلاحظ أن هذا ليس جهلاً بالحكم الشرعي، بل بواقع حال المشروب.

ففعله ناسياً للحلف أو جاهلاً أنه الأمر المحلوف عليه، فالراجح من القولين عدم وقوع الحنث باليمين، للحديث السابق: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» وهو لفظ عام، فيعمل بعمومه إلا ما دلَّ الدليل على تخصيصه كالإلزام بغرامة المتلفات. وقال غير الشافعية[١]: يحنث بفعل ما حلف عليه ناسياً.

٣ - ومن أمثلة القسم الثالث - وهو إتلاف مال الغير جهلاً أو نسياناً - لو قدَّم غاصب لآخر طعاماً ضيافة، فأكله جاهلاً بأنه مغصوب، فيبرأ الغاصب، ويجب ضمان قيمة الطعام على الآكل في أظهر القولين. ولو أتلف المشتري المبيع قبل القبض جاهلاً به فيعدّ قابضاً له في الأظهر. ومن ارتكب شيئاً من محظورات الإحرام التي هي إتلاف كإزالة الشعر والظفر وقتل الصيد، يجب عليه الفدية[٢] بالجهل أو النسيان باتفاق الفقهاء.

٤ - ومن أمثلة القسم الرابع وهو وقوع النسيان أو الجهل في فعل منهي عنه يوجب عقوبة: من وطئ امرأة بشبهة فلا حدَّ عليه، وإنما يجب عليه فقط مهر المثل، ومن قتل جاهلاً بتحريم القتل كما لو أسلم حديثاً لا قصاص عليه، وعليه الدية.

والخلاصة: أن الجهل عند الشافعية لا يعدّ ضرورة في ترك المأمورات والإتلافات، ويعدّ ضرورة في بعض المنهيات وبعض العقوبات.

الفرق بين النسيان والجهل:

ذكر القرافي المالكي فرقين بين الجهل والنسيان وهما ما يأتي[٣]:

---

(١) قواعد الأحكام ٢/ ٣.

(٢) الفدية في إزالة ثلاث شعرات، أو ثلاثة أظفار أو أكثر متوالياً، ولو ناسياً هي دم يجزئ في الأضحية، أو إعطاء ستة مساكين أو فقراء، كل مسكين نصف صاع، أو صوم ثلاثة أيام، يخير بين هذه الثلاثة عند الشافعية. وفي شعرة أو ظفر مدّ، أو صوم يوم، وفي شعرتين أو ظفرين مدان أو صوم يومين. وإن أتلف صيداً له مثل من النّعم فعليه مثله، وإن لم يكن له مثل ففيه قيمته.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٦٦ - ١٧٤.

١ - أن النسيان يطرأ على الإنسان قهراً، بحيث لا يتمكن من دفعه عنه. أما الجهل فيمكن التغلب عليه بالتعلم[١].

٢ - أجمعت الأمة على أن النسيان لا إثم فيه في الجملة، وأن الناسي معفو عن فعله لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، أما الجهل فلا يعفى عنه، ويعدّ الجاهل كالمتعمد؛ لأن المكلف بالأمور الشرعية لا يجوز له أن يقدم على فعل حتى يعلم حكم الله تعالى فيه، لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ١٧/٣٦]، حيث نهى الله تعالى نبيه عليه الصلاة والسلام عن اتِّباع غير المعلوم، فدلَّ على أنه لا يجوز الشروع في شيء حتى يعلم حقيقته. وكذا قوله ﷺ: «طلب العلم فريضة على كلّ مسلم ومسلمة»[٢]، يعلم منه أن طلب العلم واجب عيناً في كلّ حالة يقدم عليها الإنسان، فمن باع يجب عليه أن يتعلم ما عينه الله وشرعه في البيع؛ ومن أجر عقاراً يجب عليه أن يتعلم حكم الله تعالى في الإجارة؛ ومن صلى يجب عليه أن يتعلم حكم الله تعالى في تلك الصلاة. وهكذا الطهارة وجميع الأقوال والأعمال، يجب تعلمها والعمل بها، وإلا كان الجهل بها معصية لله تعالى. ومن هنا قال الإمام مالك رحمه الله: إن الجهل في الصلاة - أي وسائر العبادات - الجاهل فيها كالمتعمد لا كالناسي.

ما يصلح من الجهل عذراً وما لا يصلح عند القرافي المالكي:

وضع القرافي ضابطاً لما يصلح من الجهل عذراً يمنع مسؤولية الجاهل وما لا يصلح، فقال: ضابط ما يعفى عنه من الجهالات الجهل الذي يتعذر

(١) الفروق ٢/ ١٤٩، تهذيب الفروق ٢/ ١٦٢.

(٢) رواه ابن ماجه في سننه، والبيهقي في شعب الإيمان، وابن عبد البر في العلم من حديث أنس مرفوعاً بلفظ: «طلب العلم فريضة على كلّ مسلم»، قال الحوت البيروتي: طرقه ضعيفة، كما نقل عن أحمد أنها لا تثبت. وعن ابن راهويه: أن في إسناده مقالاً. وقال المزّي: إن طرقه تبلغ به رتبة الحسن. ولفظ رواية البيهقي وابن عبد البر: «طلب العلم فريضة على كلّ مسلم، والله يحب إغاثة اللهفان»، قال البيهقي: متنه مشهور وإسناده ضعيف، وقد روي من أوجه كثيرة كلها ضعيفة.

الاحتراز عنه عادة. وما لا يتعذر الاحتراز عنه، ولا يشق لم يعفَ عنه[١]. والجهل الذي يصلح عذراً مانعاً من الإثم، ومجيزاً ترك أوامر الشارع هو الذي يعتبر ضرورة وهو محل البحث هنا. وبيان ذلك هو أن الجهل نوعان:

النوع الأول - جهل تسامح به المشرع في الشريعة، فعفا عن مرتكبه. وضابطه أن كل ما يتعذر الاحتراز عنه عادة، فهو معفو عنه. ومن أمثلته: الجهل بنجاسة الأطعمة والمياه والأشربة، والجهل بالخمر بأن ظنّه شراباً آخر، وقتل مسلم في صفِّ الكفار ظانّاً أنه حربي، وإصدار القاضي حكماً بناء على شهادة شهود زور جاهلاً بحالهم. ففي كلّ هذه الحالات يعذر الجاهل، فلا يكون آثماً؛ لأنه يشقُّ عليه معرفة الحقيقة، ويتعذر عليه الاحتراز عن الوقوع في المخالفة.

النوع الثاني - جهل لم يتسامح به صاحب الشرع في الشريعة، فلم يعف عن مرتكبه. وضابطه أن كلّ ما لا يتعذر الاحتراز عنه، ولا يشق على النفس، لم يعف عنه، ولا يرفع التكليف بالفعل.

وهذا النوع يجري في أصول الدين أو الاعتقاديات، وأصول الفقه، وبعض الأحكام الفقهية الفرعية، أما أصول الدين فلا يعد الجهل فيها عذراً، وإنما يجب معرفة العقيدة الصحيحة بالتعلم والسؤال، ومن اعتقد عقيدة مع الجهل فقد أثم إثماً مبيناً، لأن المشرع قد شدّد في عقائد أصول الدين تشديداً عظيماً، حتى إن الإنسان لو بذل جهده واجتهد في تعرف العقيدة الحقة، ولم يؤده اجتهاده إلى ذلك، فهو آثم كافر على المشهور من المذاهب، ولا يعذر بخطئه في الاجتهاد، لأن الإنسان مطالب بإصابة الحق في العقيدة، ومعرفة دلائل وحدانية الله، ودقائق أصول الدين، وهذا بخلاف الفروع الفقهية التي هي ليست من الأصول، فقد عفا الشرع عن الخطأ فيها بعد الاجتهاد والبحث، لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإن أخطأ فله أجر واحد»[٢].

---

(١) الفروق ٢/ ١٤٩ وما بعدها، تهذيب الفروق ٢/ ١٦٣.

(٢) متفق عليه بين البخاري ومسلم عن عمرو وأبي هريرة، ورواه الحاكم والدارقطني عن عقبة بن عامر وابن عمر بلفظ: «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر، وإن أصاب فله عشرة أجور».

وأما أصول الفقه فملحقة بأصول الدين، لا يعذر المجتهد المخطئ بخطئه فيها، وإنما يأثم، ولا يجوز التقليد فيها، وإنما يطالب المجتهد بالبحث بنفسه عن وجه الحق فيها والاهتداء إلى الصواب في حكمها، لأن الحق فيها واحد لا يتعدد إلا أن المخطئ فيها لا يكون كافراً، وإنما يكون مبتدعاً فاسقاً.

وأما بعض الفروع التي لا يعذر بالجهل فيها، فمثل العبادات المفروضة من صلاة وصوم وحج وزكاة، فإن الجاهل فيها كالمتعمد[١]، وهذه ونحوها هي التي قال عنها الإمام الشافعي: لا يسع أحداً غير مغلوب على عقله جهلها في دار الإسلام[٢]. وكذا البيع أو الزواج الباطل أو الفاسد يفسخ ولا يعذر فيه بالجهل بأحكامه، لأن العبرة في صحة العقد بموافقة أوامر الشرع في الواقع ونفس الأمر، لا في ظن العاقد فقط.

متى يكون الجهل عذراً عند الحنفية؟

أبان الحنفية نوع الجهل الذي يصلح الاعتذار به، والذي لا يصلح عند كلامهم على عوارض الأهلية، فقسموا الجهل إلى أربعة أنواع[٣]:

١ - جهل لا يصلح عذراً أصلاً في الآخرة: كجهل الكافر بذات الله وصفاته الحسنى وأحكام الآخرة؛ لأنه مكابرة وجحود بعد وضوح الدلائل على وحدانيته وربوبيته تعالى، وإقامة المعجزات الدّالة على إرسال الرُّسل.

---

(١) راجع كتابنا الوسيط في أصول الفقه الإسلامي ١/ ١٧٧ وما بعدها.

(٢) قال الشافعي في الرسالة ٣٥٧: «العلم علمان: علم عامة لا يسع بالغاً غير مغلوب على عقله جهله، مثل الصلوات الخمس، وأن لله على الناس صوم شهر رمضان، وحج البيت إذا استطاعوه، وزكاة في أموالهم. وأنه حرم عليهم الزّنا والقتل والسرقة والخمر، وما كان في معنى هذا مما كلف العباد أن يعقلوه ويعلموه ويعطوه من أنفسهم وأموالهم وأن يكفّوا عنه ما حرم عليهم منه. وعلم الخاصة (أي المختصين): ما ينوب العباد من فروع الفرائض، وما يخص به من الأحكام وغيرها مما ليس فيه نصّ كتاب، ولا في أكثره نصّ سنة، وما كان منه يحتمل التأويل، ويستدرك قياساً».

(٣) كشف الأسرار ٤/ ١٤٥٠ وما بعدها، التلويح على التوضيح ٢/ ١٨٠، مسلم الثبوت ٢/ ٣٣٧، فواتح الرحموت ٢/ ٣٨٧، مرآة الأصول ٢/ ٤٥٢ وما بعدها، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢/ ١٣٦ وما بعدها.

٢ - جهل لا يصلح عذراً لكنه دون جهل الكافر: كجهل من خالف في اجتهاده القرآن والسُّنة من علماء الشريعة، أو العمل بالغريب من السُّنة، كاستباحة متروك التسمية عمداً بالقياس على الناسي، فإنه مخالف لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ٦/ ١٢١]، وكجهل البغاة. والباغي هو الذي خرج عن طاعة الإمام الحق متمسكاً بتأويل فاسد، لأنه مخالف للدلائل الواضحة على كون الإمام العادل على الحق مثل الخلفاء الراشدين، فيضمن ما أتلفه من نفس أو مال لمن خرج عليهم.

٣ - جهل يصلح عذراً وشبهة: كالجهل في موضع الاجتهاد الصحيح بسبب احتمال النَّص تأويلين مثلاً، أو في غير موضع الاجتهاد، لكن في موضع الشبهة. كمن صلى الظهر على غير وضوء، ثم صلى العصر به وهو يظن أن الظهر أجزأه، فالعصر فاسد كالظهر؛ لأنه جهل على خلاف الإجماع، وكالمحتجم إذا أفطر، على ظن أن الحجامة فطرته، لأن الحجامة عند الإمام الأوزاعي تفطر، فتسقط الكفارة الواجبة عند الحنفية بانتهاك حرمة رمضان لهذه الشبهة.

٤ - جهل بالأحكام الإسلامية في دار الحرب من مسلم لم يهاجر: فإن جهله يكون عذراً، فلو لم يصلِّ الصلوات المفروضة، ولم يصم رمضان، ولم تبلغه تفاصيل الدعوة الإسلامية، لا يجب عليه القضاء، لأن دار الحرب ليست بمحل لشهرة الأحكام والعلم بها، فكان ذلك جهلاً بالدليل، والجهل بالدليل يسقط الأحكام.

ومن هذا النوع جهل الشفيع (الشريك أو الجار) إذا لم يعلم ببيع دار له فيها شفعة، فإنه يكون عذراً، ويثبت له حق الشفعة إذا علم بالبيع.

ومثله جهل البنت البكر البالغة بتزويج وليها لها، يعتبر عذراً حتى إنه يكون لها الخيار بفسخ عقد الزواج بعد العلم به، ويبطل الخيار بالسكوت من جانبها.

ومنه أيضاً، جهل الوكيل بالوكالة أو بالعزل عنها، فإن تصرف الشخص قبل بلوغ خبر الوكالة إليه، لم ينفذ تصرفه على الموكل، وكذلك لو تصرف بالبيع أو الشراء مثلاً قبل العلم بالعزل عن الوكالة، ينفذ تصرفه على الموكل، ففي هاتين الحالتين يكون الجهل عذراً.

وهذا النوع يتميز عن بقية الأنواع الثلاثة السابقة بأن الجهل فيه ليس عذراً فقط، بل إنه مسقط للخطاب الشرعي في المطالبة بأمر من الأمور.

يظهر من كلّ ما ذكرته من مذاهب الفقهاء في وصف الجهل أن الإسلام يتجاوب في تشريعاته مع الواقع والفطرة والتيسير على الناس، فيكون الجهل أحياناً **ضرورة ترفع الإثم والحرج** والمسؤولية عن المكلفين، وتمنع من توجيه الخطاب الشرعي إليهم أحياناً أخرى. وقد يكون سبباً **في تخفيف العقوبة الشرعية** لدى بعض الفقهاء، لكن الجهل لا يبيح الفعل، بمعنى أن الإنسان يكون مخيّراً بين فعل الشيء وتركه، وإنما يكون فقط عذراً مانعاً من المسؤولية أحياناً كما بيَّنت[1].

مقارنة:

استقرت القوانين الوضعية على قاعدة تقليدية معروفة بمبدأ «عدم جواز الاعتذار بجهل القانون»، فيفترض علم الأفراد جميعاً بالتشريع بمجرد نشره في الجريدة الرسمية ومضي الأجل المحدد لسريانه، فلا يقبل بعد ذلك من أحد أن يعتذر بعدم العلم بأحكام القانون.

والحكمة من هذا المبدأ واضحة، وهي أنه لازم لاستقرار المعاملات، واطّراد تطبيق القانون على أساس من العدل والمساواة بين الأفراد، وتحقيق الأمن والنظام في كلّ الحالات؛ إذ إن الدولة لا تستطيع في الواقع أن تُعلم كلّ الأفراد بالقانون، حتى ولو لم يعلم الشخص به فعلاً، وهي قرينة لا تقبل إثبات العكس، مهما كانت الأسباب التي يستند إليها الشخص لتسويغ عدم علمه بالقانون، كالاحتجاج بعدم الإلمام بالقراءة والكتابة، أو لصدور القانون أثناء فترة السجن أو المرض أو خلال الإقامة خارج البلاد، بل إن القاعدة تسري على الأجانب بمجرد دخول البلاد.

ولولا وجود هذه القاعدة لشاعت الفوضى، وبدأ الاضطراب، حيث يجد الأفراد مجالاً للإفلات من أحكام التشريع.

---

(١) أصول الفقه للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ٣٣٧ وما بعدها، نظرية الإباحة للأستاذ محمد سلام مدكور ٥١٦ وما بعدها.

وهذا المبدأ عام يسري على كلّ القواعد القانونية، سواء أكانت آمرة أم مقررة، أما القواعد الآمرة فلا خلاف فيها؛ لأنها ملزمة لكل الأفراد في جميع الحالات، ولا يجوز لهم بتاتاً الخروج عليها. وأما القواعد المقررة أو المفسرة فهي أيضاً قواعد قانونية ملزمة، ما دام لم يثبت أن الأفراد قد اتفقوا على خلافها، ومن لم يجعل هذه القاعدة شاملة للقواعد المفسرة، وقع في خلط بين جهل الأفراد بالقانون ووقوعهم في غلط جوهري بشأنه، فالغلط الجوهري في القانون يتحقق في حالة جهل المتعاقد بالحكم القانوني الصحيح، بحيث لو كان يعرفه لما أتمَّ العقد، مما يجيز له القانون المدني أن يطالب بإبطال العقد إذا وقع المتعاقد الآخر مثله في هذا الخلط، أو كان من السهل عليه أن يتبيَّنه، فحالة الغلط هذه، وإن كانت جهلاً بالقانون، إلا أن المتعاقد لا يريد التحلل من حكم القانون، بل هو على عكس ذلك يهدف إلى إعماله والاستفادة منه حتى يتمكَّن من إبطال العقد. وهو يختلف تماماً عن العذر بجهل القانون حيث يطالب الشخص باستبعاد تطبيق التشريع لمجرد عدم العلم به.

لكن يستثنى من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون حالة واحدة يسمح فيها للشخص أن يعتدَّ بجهل القانون: وهي **حالة القوة القاهرة** التي تجعل العلم بالقانون مستحيلاً من جانب الأفراد، دون تقصير منهم، مثل حالة وجود فيضان يعزل جزءاً من إقليم الدولة، بحيث يستحيل وصول الجريدة الرسمية لها، ومثل حالة احتلال قسم من أراضي الدولة، أو تفشي وباء فيه يعزله عن بقية الإقليم، فلا يطبق التشريع الجديد حينذاك إلا بعد زوال القوة القاهرة[١].

وهذا شبيه بما قرره الفقهاء المسلمون من أن وجود المسلم في دار الحرب يسقط عنه التكاليف الشرعية التي لم يعلم بها أو لم يتهيأ له طريق للعلم بها، وكذلك فإن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل الأحكام الشرعية يتفق مع الأصل العام المقرر في القانون الوضعي، وذلك في نطاق العبادات والمعاملات المدنية والعقوبات والضمانات والأحوال الشخصية، ما عدا استثناءات ذكرها الفقهاء

(١) محاضرات في نظرية القانون للدكتور محمد علي إمام ٢٣٠ وما بعدها.

رحمة بالناس ودفعاً للضرر عنهم، وتيسيراً عليهم فيما يجدون في معرفته عناءً شديداً ومشقةً في الاحتراز عنه، فيعذر الشخص حينئذ بجهله، كما أوضح القرافي المالكي.

الحالة الخامسة - العسر وعموم البلوى

العسر: أي مشقة تجنُّب الشيء. وعموم البلوى: شيوع البلاء بحيث يصعب على المرء التخلص أو الابتعاد عنه، وهذا السبب من أسباب التخفيف مظهر واضح من مظاهر التسامح واليسر في الأحكام الشرعية، وخصوصاً في العبادات والطهارة من النجاسات، وله أمثلة كثيرة، منها(١):

١ - تصح الصلاة مع النجاسة المعفو عنها كدم القروح والدمامل والبراغيث والقيح والصديد، وقليل دم الأجنبي عن الشخص المصلي وطين الشوارع إذا لم يكن فيه عين النجاسة، وآثار النجاسة التي عسر زوالها، وذرق الطير إذا عمَّ المساجد ومطاف الكعبة المشرفة، وغبار الشوارع، ودخان النجاسة، وبول ترشش على الثوب قدر رؤوس الإبر، ونحو ذلك.

وقد حدّد الحنفية النجاسة المعفو عنها بما دون ربع الثوب إذا كانت النجاسة مخففة، وبقدر الدرهم أو عرض الكف إذا كانت النجاسة مغلظة(٢).

٢ - النار عند الحنفية مطهرة لما يلقى فيها من نجاسات كالروث والعذرة، فيعد رمادها طاهراً تيسيراً على الناس، وإلا حكم بنجاسة الخبز في الأرياف إذا خبز بوقود نجس.

وكذلك يعتبر البعر طاهراً إذا وقع في المحلب، فرمي منه في الحال قبل التفتت ولم يتغير اللبن به.

---

(١) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٠٦/١ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٩ وما بعدها، القواعد لابن رجب: القاعدة (١٥٩)، ص ٣٤٣.

(٢) النجاسة المغلَّظة عند أبي حنيفة: هي ما ثبت حكمها بدليل مقطوع به، أو ما ورد فيها نص لم يعارض بنص آخر. والمخففة عنده: هي ما ورد فيها نص عورض بنص آخر كبول ما يؤكل لحمه.

٣ - لا يضرّ تغيُّر الماء بالمكث الطويل أو بالطين والطحلب[١] وكلّ ما يعسر صونه عنه، ولا يحكم بنجاسة الماء بالاستعمال ما دام متردداً على العضو، ولا ينجس الماء أيضاً عند الحنفية إذا لاقى المتنجس، ما لم ينفصل عنه.

٤ - يجوز الاستنجاء بالأحجار، مع أن الحجر ليس بمزيل للنجاسة كلها، ويكون كل مائعٍ قالعٍ طاهرٍ مزيلاً للنجاسة الحقيقية.

٥ - يباح للصبي المحدث مسّ المصحف أثناء التعلُّم. ويجوز إتمام مسح الرأس على العمامة بعد مسح جزء منه لمشقة استيعاب الرأس، ويصح المسح على الخف حال الإقامة أو الحضر لمدة يوم وليلة لمشقة نزع الخف في كلّ وضوء، حتى إنه يجوز عند الحنابلة المسح على جورب صفيق من صوف أو غيره[٢].

٦ - تباح الأفعال الكثيرة، ويجوز استدبار القبلة في صلاة شدة الخوف كما في حال الحرب، ويصح بالإيماء صلاة النافلة، ومنها سنن الصلاة المفروضة على الدابة في السفر أو في الحضر حال الخروج إلى بعض النواحي لحاجة. ويباح القعود في النوافل مع القدرة على القيام، وكذا الاضطجاع فيها عند الشافعية، ولا بأس بالإبراد بصلاة الظهر، لا الجمعة، من شدّة الحرّ، بل إنه مستحب في الصيف، سواء أكان الحرّ شديداً أم لا.

ويجوز ترك صلاة الجماعة والجمعة بالأعذار المعروفة كالمطر والمرض الشديدين، وإشراف القريب على الموت، والخوف على النفس أو العرض أو المال، وغلبة النوم، وشدة الريح بالليل، وشدة الجوع والعطش والبرد والوحل، والحرّ ظهراً. ويجوز عند الشافعية جمع الصلاتين تقديماً وتأخيراً في السفر والمرض.

ولا يجب قضاء الصلاة على الحائض لتكررها، بخلاف الصوم، ويسقط القضاء عن المغمى عليه إذا زاد الإغماء على يوم وليلة، وعن المريض العاجز عن الإيماء بالرأس على الصحيح عند الحنفية.

---

(١) الطحلب - بضم الطاء واللام، ويجوز فتح اللام: أي الأخضر الذي يعلو على الماء.

(٢) غاية المنتهى للشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي ١/ ٣٣.

وتجوز عند أبي حنيفة صلاة الفَرض في السفينة غير المربوطة في الميناء قاعداً من غير عذر مع القدرة خوفاً من دوران الرأس، وتصح الصلاة من الجنب بالتيمم أثناء السفر أو خوفاً من البرد الشديد، لأن الرسول ﷺ أقرَّ عمرو بن العاص حينما صلَّى بأصحابه بالتيمم، ولم يغتسل من الجنابة، مستدلاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٤/٢٩]، وفي الجملة وسَّع أبو حنيفة رحمه الله في العبادات كلها تيسيراً على المكلَّفين[١].

٧ - يباح أكل الميتة وأكل مال الغير مع ضمان القيمة إذا اضطر، كما تبيَّن عند الكلام على ضرورة الغذاء. ويجوز لولي اليتيم أن يأكل من مال اليتيم بقدر أجرة عمله إذا احتاج لذلك.

٨ - يجوز للرجال لبس الحرير الخالص للحكة أو أثناء قتال الأعداء.

٩ - أجاز الإسلام زمرة من العقود والتصرفات خلافاً للقياس ومقتضى القواعد العامة لحاجة الناس إليها، مثل عقد السلم مع أنه بيع معدوم مشتمل على غرر[٢] منهي عنه، وعقود الإقالة والحوالة والرَّهن والقرض والشركة والصُّلح والوكالة والإجارة والمساقاة والمزارعة والمضاربة والإعارة والإيداع، وبعض التصرفات كالإبراء والضمان والحجر والرَّد بالعيب والتَّحالف[٣] للحاجة والمشقة العظيمة في

---

(١) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ١٠٩ وما بعدها.

(٢) الغرر له صور: منها عدم القدرة على التسليم في الحال، ومنها كون المبيع معدوماً أو مجهولاً أو غير مملوك للبائع. وبيع الغرر المنهي عنه: هو البيع الذي يتضمن خطراً يلحق أحد المتعاقدين فيؤدي إلى ضياع ماله، أو هو بيع الأشياء الاحتمالية غير المحققة الوجود أو الحدود، لما فيه من مغامرة تجعله أشبه بالقمار. والغرر المؤثر في العقد، فيجعله غير صحيح هو: الغرر الكثير في عقود المعاوضات المالية إذ كان في المعقود عليه أصالة، ولم تدع للعقد حاجة (راجع رسالة الغرر وأثره في العقود للزميل الدكتور الصدِّيق محمد الأمين الضرير ٥٨٣).

(٣) التحالف: هو أن يحلف كلّ من المتعاقدين يميناً عند الاختلاف في شيء ما ولم تكن لأحدهما بيّنة، كأن يختلف المتبايعان في مقدار الثمن. وتشمل اليمين حالتي النفي والإثبات، أي نفي ما يدَّعيه الآخر وإثبات ما يقوله الحالف. ويحلف كلّ واحد منهما لأن كلّ واحد مدعى عليه ولا بيّنة له. ويترتب على التحالف فسخ العقد (راجع المهذب ١/ ٢٩٣).

أن كلّ واحد لا ينتفع إلا بما هو ملكه، ولا يستوفي إلا ممن عليه حقه، ولا يؤاخذ إلا بكلامه، ولا يتعاطى أموره إلا بنفسه، فهذا هو مقتضى القواعد العامة، إلا أن الشريعة الإسلامية سهّلت الأمر على الناس، فأباحت لهم الانتفاع بملك الغير بطريق الإجارة والإعارة والقرض، وأجازت الاستعانة بالغير وكالةً وإيداعاً وشركة ومضاربة ومساقاة، ومكّنت صاحب الحق من استيفاء حقه من غير المدين حوالة، وشرعت طرق الاستيثاق بالدين برهن وكفالة وحجر، وساعدت على إسقاط الحقوق صلحاً على بعض الدين، وإبراء عن الدين كله.

وشرعت الخيارات دفعاً للغبن أو الاستغلال كما في خيار الشرط، أو المماطلة كما في خيار نقد الثمن؛ وكذلك شرعت الوصية عند الموت لاستدراك الإنسان ما فرط في حال الحياة، وفي حدود الثلث دفعاً للضرر عن الورثة. وأجاز فقهاء الحنفية بيع الوفاء للحاجة إلى النقود، وعدم التَّمكُّن منها بواسطة القرض الحسن، وخروجاً من الوقوع في الرِّبا المحرم صراحة. وصورة هذا البيع أن يقول المحتاج إلى النقد لشخص مليء مثلاً: «بعتك هذا العقار أو هذا المنقول[1] على أني إن قضيت الثمن، ترد هذا المبيع إلي»، وسمي بيع الوفاء لأن فيه التزاماً على المشتري بردِّ المبيع أو وفائه عند وفاء الثمن الذي هو بمثابة دين على البائع، والثمن عادة يكون فيه أقل من قيمة المبيع. وهو عقد من نوع خاص مستقل تطبق عليه بعض أحكام البيع، وبعض أحكام الرَّهن. فمن أحكام البيع أن المشتري يملك منافع المبيع استعمالاً بنفسه واستغلالاً بغيره من طريق الإيجار. ومن أحكام الرهن: أن المشتري ملزم بحفظ المبيع، ولا يجوز له التصرف فيه بالاستهلاك أو بنقل ملكيته إلى غيره، أو برهنه بدين عليه[2].

---

(١) لم يجز بعض الفقهاء جريان هذا البيع في المنقولات، وقد قصرته المادة (٩١) من قانون الملكية العقارية في سورية على العقار فقط.

(٢) راجع عقد البيع للأستاذ مصطفى الزرقا ١٢٤، المدخل الفقهي له: ف ٢٧٤، ص ٥٥٢، وقارن المذكور فيهما بشرح الأشباه والنظائر للحموي ١/ ١١٠ حيث قال: إن حكم هذا البيع حكم الرهن وهو الصحيح، إلا أنه يشتمل على شرط وهو أن البائع متى ردَّ الثمن إلى المشتري ردّ المشتري له المبيع، فالبائع وفاء هو الراهن، والمشتري وفاء هو المرتهن، =

١٠ - يتوقف عزل الوكيل والقاضي والموظف عند الحنفية على العلم بصدور العزل دفعاً للحرج والمشقة، وفرق الشافعية بين الوكيل وغيره، فقرروا في الأصح عندهم أن الوكيل ينعزل في الحال بمجرد عزل الموكل له دون أن يتوقف ذلك على علمه بخبر العزل، نظراً لأن العزل رفع عقد لا يشترط فيه الرضا، فلا يحتاج إلى العلم كالطلاق، وأما القاضي ونحوه فلا بدَّ من علمه بالعزل لتعلُّق المصالح العامة بعمله، فإذا حكمنا بنقض أحكامه بعد عزله، ترتب على ذلك وقوع ضرر عظيم على الناس في معاملاتهم[١].

١١ - تقبل الإشارة المعهودة من الأخرس في الإقرار بحقوق العباد (القصاص والدّيات، والأموال، والأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونحوها) للضرورة، ولا يعتبر إقراره في حقوق الله تعالى كالإقرار بارتكاب ما يوجب حدّ السرقة والزِّنا وشرب المسكرات، لأن في إقراره شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

كذلك ينعقد العقد بإشارة الأخرس إذا كانت مفهومة للضرورة، كما ينعقد بالقول من القادر على الكلام[٢].

١٢ - يباح النظر للضرورة وبقدر الحاجة لوجه المرأة عند الخطبة والتعليم والإشهاد والمعاملة والمعالجة، بل إنه يباح للطبيب النظر لموضع المرض من عورة المرأة حالة الإسعاف أو المعالجة إذا أمنت الفتنة والشهوة[٣]. وفي غير هذه الحالات لا يجوز للمرأة كشف شيء من شعرها أو أجزاء جسدها ما عدا وجهها وكفَّيها، ولا يلتفت لدعاوى المرأة وأنصارها في هذا العصر، تذرُّعاً بعموم البلوى ومتطلبات المدنية الحاضرة.

= وللمشتري أن ينتفع بالمبيع بإذن البائع، ولا يجوز للبائع الرجوع في الإذن، وهذا ما يميز بيع الوفاء عن الرهن لكن عند حلول أجل ردّ الثمن يأمر القاضي البائع ببيع المبيع ووفاء الثمن، فإن امتنع باع الحاكم عليه، وقال في مجمع الضمانات ٢٤٢: قال أكثر المشائخ: حكمه حكم الرهن.

(١) مغني المحتاج ٢/ ٢٣٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٨.

(٢) راجع البدائع ٥/ ١٣٥، ٧/ ٢٢٣.

(٣) تكملة فتح القدير ٨/ ٩٩.

١٣ - إن إباحة تعدد الزوجات حتى الأربع فقط في الإسلام كان للضرورة أو الحاجة التي قد تفرضها الحياة العملية، كالحاجة الطبيعية عند بعض الرجال، أو لكثرة النسوة، ولا سيما في أعقاب الحروب والكوارث، مما يجعل التعدد في صالح المرأة نفسها.

وكذلك كانت مشروعية الطلاق في الإسلام من أجل الضرورة أو الحاجة أيضاً، للتخلص مما قد يطرأ على الحياة الزوجية من تنافر طبيعي أو أحداث تضطرب بها الحياة المشتركة، مما يجعل في البقاء على الزوجية مشقة عظيمة، وظلماً وقسوة، ويصير البيت جحيماً لا يطاق، فلا تعاون ولا محبة ولا إعفاف ولا شرف، ولا سكينة ولا طمأنينة. فيكون الطلاق حينئذ علاجاً حكيماً وحلاً عادلاً، ومنقذاً من الأخطار والمساوئ، قال الله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا ﴿١٣٠﴾﴾ [النساء: ٤/ ١٣٠]. بل إن جماعة من العلماء قرروا أن الطلاق غير مباح في الإسلام إلا للضرورة وبقدر الحاجة فقط، لقوله ﷺ: «إن الله تعالى لا يحب الذواقين ولا الذواقات»[١]، «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»[٢].

١٤ - يسقط الإثم عن المجتهدين حالة الخطأ في الاجتهاد ويكتفى منهم بالظن الغالب بصحة الأحكام التي يستنبطونها من أدلة الشريعة، ولا يطالبون بالأخذ باليقين، لأن في الوصول إلى مرتبة اليقين مشقةً وعسراً.

١٥ - وسَّع أبو حنيفة رحمه الله في مجال القضاء والشهادات تيسيراً على الناس فصحح تولية الفاسق القضاء، وقال: إن فسقه لا يعزله، قال الحموي شارح الأشباه: وهذا هو الصحيح، وهو ظاهر مذهب الحنفية، ولم يوجب أي (أبو حنيفة) تزكية الشهود، بل يقتصر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم إلا في الحدود والقصاص، فإنه يسأل عن الشهود، حملاً لحال المسلمين على الصلاح. وكذلك أنفذ قضاء المرأة لو قضت.

---

(١) رواه الطبراني عن عبادة بن الصامت، وهو حديث حسن، وأما حديث «لعن الله كلّ ذواق مطلاق» فلم يصح بهذا اللفظ.

(٢) رواه أبو داوود والبيهقي والحاكم عن ابن عمر، وهو حديث صحيح.

مقارنة:

بما أن الصبغة الغالبة لمبدأ العسر وعموم البلوى هي صبغة دينية، فإني لم أجد شبيهاً له في القانون الوضعي ما عدا أسباب تخفيف العقاب التي نصَّ عليها قانون العقوبات، وهي نوعان: ظروف قضائية مخففة، وأعذار قانونية مخففة.

أما الظروف القضائية المخففة: فهي التي يستخلصها القاضي من وقائع كلّ دعوى، أو حالة كلّ مجرم كتفاهة شأن الجريمة، أو عدم جسامة الضرر المترتب عليها، أو شيخوخة الجاني أو مرضه، أو شرف الباعث على ارتكاب الجريمة.

وأما الأعذار القانونية المخففة: فهي ظروف استخلصها الشارع نفسه باعتبارها مما يستدعي تخفيف العقاب على المجرم، وهي إما أعذار خاصة، مثل قتل الزوج زوجته حال تلبسها بالزِّنا، فيعاقب بالحبس بدلاً من عقوبة الأشغال الشاقة المقررة للقتل العمد. وإما أعذار عامة تسري على كافة الجرائم، وهي في القانون المصري والسوري: عذر تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي بحسن نية، وعذر صغر السِّن[1].

الحالة السادسة - السفر

السفر لغة: هو قطع المسافة. **وشرعاً**: هو الخروج على قصد المسير إلى موضع بينه وبين ذلك الموضع مسيرة ثلاثة أيام فأكثر بسير الإبل ومشي الأقدام، وتقدر بعشرين ساعة وثلث، أو بستة وثمانين كيلومتراً عند الحنفية، وعند الشافعية تقدر في المسافة بتسعة وثمانين كيلومتراً.

وهذا هو السفر الطويل في عرف الفقهاء. وأما السفر القصير: فهو ما دون هذه المسافة.

وقد جعل السفر في الشرع حالة ضرورة أو من أسباب التخفيف في الواجبات الدينية بمجرد حدوثه بنفسه مطلقاً من غير نظر إلى مشقة أو عدمها، لذا تظل هذه

---

(١) موجز القانون الجنائي للدكتور علي راشد ٦٠٤ وما بعدها، مبادئ قانون العقوبات للدكتور محمد الفاضل ٢٨٢، ٤١٧ وما بعدها.

التخفيفات قائمة في عصرنا الحاضر بالرغم من قطع المسافة المذكورة بساعات معدودة بوسائل النقل والمواصلات الحديثة.

وترخيصات السفر أو تخفيفاته منها ما يختص بالسفر الطويل، ومنها ما لا يختص به .**أما ما لا يختص بالسفر الطويل**؛ وهو مطلق الخروج عن بلد الإقامة؛ فهو أن الشرع خَيَّرَ المسافر في القيام ببعض التكليفات الدينية، كصلاة الجمعة والعيدين والجماعة، وصلاة النافلة على ظهر الدابة، وذبح الأضحية، وتكبير التشريق، ومنه جواز التيمم لإسقاط الفرض، واستحباب القرعة بين النساء إذا كان الرجل متزوجاً أكثر من واحدة، فإذا أراد الرجل السفر، أقرع بين نسائه، وأخذ معه من خرجت لها القرعة، ولا يلزمه أن يبيت عند بقية النساء إذا رجع من سفره.

وأما ما يختص بالسفر الطويل وهو مسيرة ثلاثة أيام بلياليها: فهو مشروعية القصر للصلاة الرباعية المفروضة، لا للسنن النوافل، وجواز الفطر في رمضان على أن يقضي كلّ الأيام التي أفطرها في وقت آخر، فإذا كانت كلّ أيامه سفراً انتهز الفرصة الملائمة للقضاء طَوال أيام السنة، ومن أحكامه أيضاً: جواز المسح على الخفين مدة ثلاثة أيام بلياليها، وحرمة السفر على المرأة وحدها بغير زوج أو قريب مَحْرم[1]، حتى ولو كان السفر فرضاً لأداء الحج والعمرة، ولذا كان وجود الزوج أو المحرم شرطاً لوجوب الحج على المرأة.

ودليل ذلك قوله ﷺ: «لا يخلون رجل بامرأة، إلا ومعها ذو مَحْرم، ولا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم»[2]. لكن وردت أحاديث مقيدة لهذا الإطلاق الوارد في السفر طويلاً كان أو قصيراً، منها قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تسافر المرأة ثلاثة أيام إلا مع ذي محرم»[3]، وقال النووي: ليس المراد من التحديد ظاهره بل كل ما يسمى سفراً، فالمرأة منهية عنه إلا بالْمَحْرم، وإنما وقع التحديد عن أمر واقع فلا يعمل بمفهومه.

---

(١) وهو من لا يجوز زواجها به.

(٢) رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس.

(٣) رواه أحمد والبيهقي وأبو داوود عن ابن عمر.

وللعلماء تفصيل في الموضوع، حيث قالوا: يجوز سفر المرأة وحدها في الهجرة من دار الحرب، والمخافة على نفسها، ولقضاء الدين، وردِّ الوديعة، والرجوع من النشوز، وهذا مجمع عليه. وأجاز الشافعية للنساء الثقات (ثلاثة فأكثر وهو أقل الجمع) السفر وحدهنَّ لأداء الحج والعمرة، لانقطاع الأطماع عنهن عند اجتماعهن[١]. لكن الصحيح أن اشتراط النسوة هو شرط وجوب، أما الجواز فيجوز للمرأة أن تخرج لأداء حجة الإسلام مع المرأة الثقة.

هذه التخفيفات في السفر بنوعيه والتي ذكرها علماء قواعد الفقه[٢] تثبت أحكامها المقررة للمسافر بمجرد إنشاء السفر، بعد الخروج من حدود آخر عمران لبلد الإقامة.

ودليله ما ثبت بالسُّنة المشهورة: وهو ما روي عن رسول الله ﷺ أنه كان يترخص ترخص المسافرين حين يخرج إلى السفر، ويأذن بذلك لأصحابه بمجاوزتهم العمران. فلا يشترط إذن إتمام السفر بالسير ثلاثة أيام على الأقل، لأن شرعية رخص السفر للترفيه في جميع مدة السفر.

وإنما يثبت للمسافر الترخيص بقصر الصلاة ونحوه إذا اتصل السفر بسبب الوجوب، وهو دخول وقت الصلاة أو الصوم الذي يصادف المسافر بعد سفره، فيثبت له حينئذ حق قصر الصلاة التي هي أداء، أما إذا لم يتصل السفر بسبب الوجوب، وإنما اتصل بحال قضاء الصلاة، فلا يجوز القصر فيما يقضيه من صلوات فائتة.

وبناءً عليه: إذا وجد السفر أول اليوم، فللمسافر أن يفطر، فإذا أصبح الشخص المقيم صائماً، ثم شرع في السفر، لا يحلُّ له الفطر؛ لأن أداء الصوم وجب عليه في هذا اليوم حقّاً لله تعالى، ولما كان إنشاء الصيام باختياره، فلا يسقط به ما تقرر

---

(١) سبل السلام ٢/١٨٣ وما بعدها، مغني المحتاج ١/٤٦٧.

(٢) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٨ وما بعدها، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٠٥ وما بعدها، ٢/٢٢٧، حجة الله البالغة ٢/١٧، مغني المحتاج ١/٢٧٥، غاية المنتهى في الفقه الحنبلي ١/١٩٩.

وجوبه عليه في الأحوال العادية، فإذا أفطر في هذه الحالة، فلا كفارة عليه عند الحنفية القائلين بوجوب الكفارة (وهي صيام ستين يوماً على من انتهك حرمة رمضان بالأكل عمداً) وذلك لوجود شبهة إباحة الفطر، باقتران السفر.

سفر المعصية: اختلف الفقهاء في سفر المعصية، كأن يسافر الشخص لقطع الطريق لأخذ المال أو لقتل الأنفس أو للإرهاب، أو بقصد قتال المسلمين، والتَّمرد عليهم، أو للهو المحرم، هل يجوز له استعمال الرُّخص الشرعية من قصر الصلاة، وفطر رمضان، وأكل الميتة ونحوها للضرورة؟

قال الإمام مالك في رواية عنه، والشافعي وأحمد بن حنبل: يشترط في السفر أن يكون مباحاً، وليس بمعصية، فلا يجوز للعاصي بسفره ممارسة الرُّخص، لأن الرُّخص لا يجوز أن تتعلق بالمعاصي، ولأن في جواز الترخيص حينئذ إعانة على المعصية. وقد أقرَّ الله سبحانه إباحة أكل الميتة للمضطر عند عدم البغي والظلم، قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٣]، وذلك على رأي من يفسر الباغي بالخارج عن الإمام، والعادي: هو الظالم على المسلمين بقطع الطريق. وسيأتي بيان الآراء مفصلة عند الكلام عن مقدار الضرورة. فإذا خاف المسافر العاصي على نفسه يقال له: تُبْ وكُلْ. وأجاز الإمام مالك له في هذه الحالة أن يأكل من الميتة للضرورة.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن السفر يبيح الرُّخص، سواء أكان مباحاً أم معصية، لأن سبب وجود التَّرخيص قائم: وهو السفر، أما العصيان؛ فهو أمر منفصل عن السفر، وقد يوجد في حال الإقامة العادية، والنهي لمعنى منفصل عن أمر من كل وجه لا ينافي مشروعية ذلك الأمر كالصلاة في الأرض المغصوبة أو الثوب المغصوب، تصح مع أنها حرام يأثم فيها المصلي[1].

---

(١) راجع مسلم الثبوت ١/ ١١٣، كشف الأسرار ٤/ ١٤٩٦، التلويح على التوضيح ٢/ ١٩٣، التقرير والتحبير ٢/ ٢٠٣وما بعدها، مرآة الأصول ٢/ ٢٦٠، القواعد لابن رجب ٣٠٠، القوانين الفقهية ٨٥، تفسير القرطبي ٢/ ٢٣٢ وما بعدها، غاية المنتهى في الفقه الحنبلي ١/ ١٩٩، مغني المحتاج ١/ ٢٧٢.

وبما أن أحكام السفر قاصرة على الواجبات الدينية، ولا تأثير للسفر على الواجبات المدنية، فلا مجال للمقارنة مع القانون.

الحالة السابعة - المرض

المرض: هو هيئة غير طبيعية في بدن الإنسان ينجم عنها بالذات آفة في الفعل.

ولما كان المرض من أسباب العجز، فقد شرعت له أحكام مخففة عن المريض، تتناسب مع حالته الصحية، وخصوصاً في العبادات، فقد ذكر العلماء رخصاً كثيرة فيها، منها:

- مشروعية التيمم بالتراب من أجل الصلاة عند وجود مشقة باستعمال الماء، كالخوف على النفس أو العضو، أو زيادة المرض، أو بطء البرء، أو حدوث شين قبيح في عضو ظاهر.

- جواز القعود في صلاة الفرض، وخطبة الجمعة، والاضطجاع في الصلاة والإيماء.

- إباحة التَّخلف عن صلاة الجماعة والجمعة مع حصول الفضيلة والثواب المطلوب.

- صحة الجمع بين الصلاتين تقديماً وتأخيراً عند جماعة من الشافعية، وهم النووي والسبكي والإسنوي والبلقيني والسيوطي، وهو المعتمد في المذهب.

- جواز الفطر في رمضان، وترك الصوم للشيخ الهرم الفاني مع وجوب الفدية عليه[١]، والانتقال من الصوم إلى الإطعام في كفارة الظهار وإفطار رمضان بالجماع، أو بالأكل ونحوه عمداً عند الحنفية والمالكية، وأما عند الشافعية والحنبلية والظاهرية: فلا كفارة بإفطار رمضان إلا بالجماع فقط.

- مشروعية النيابة في أداء الحج ورمي جمار العقبة، وإباحة محظورات الإحرام كلبس الثياب مثلاً مع وجوب الفدية على المريض حينئذ.

---

(١) ودليل ذلك آية الصوم: ﴿أَيَّامًا مَّعْدُودَٰتٍ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾ [البقرة: ٢/ ١٨٤].

- التداوي بالنجاسات، وبالخمر على أحد القولين، وإساغة اللقمة بالخمر إذا غصَّ باتِّفاق الفقهاء.

- إباحة النظر للطبيب حتى للعورة والسوأتين[١].

وفي مرض الموت[٢] أقرَّ الشرع والفقه ما يعرف بالحجر للضرورة رعاية لمصلحة الورثة أو الدائنين.

فإذا لم يكن الشخص المريض مديناً فرض الشرع عليه حجراً جزئياً على تبرعاته كالهبة والوقف والوصية والصدقة، فلا ينفذ منها إلا ما كان في حدود الثلث، لقوله ﷺ لسعد بن أبي وقاص: «الثلث والثلث كثير، إنك إن تذرِ ورثتك أغنياء خيرٌ من أن تذرهم عالة يتكففون الناس»[٣]، وكذلك لا تنفذ تبرعاته لأحد الورثة إلا بإجازة باقي الورثة، لقوله ﷺ: «ألا لا وصية لوارث»[٤].

ونظراً لقيام الحجر الجزئي عن هذه التبرعات، فإن الحقوق المالية التي تجب لله خالصة إذا أداها المريض بنفسه، تنفذ عند الحنفية من الثلث فقط، سواء أكانت واجبة وجوباً أصليّاً كزكاة المال وصدقة الفطر، أم صارت واجبة وجوباً طارئاً بسبب العجز كالفدية في الصوم.

وإن لم يؤدِّ المريض ذلك بنفسه، فلا يصير الواجب عليه ديناً في التركة مقدَّماً على الميراث، وإن أوصى به ينفذ من ثلث التركة فقط، وإن لم يوص به، يسقط عنه بالنسبة لأحكام الدنيا، ويؤاخذ عليه في الآخرة.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٩، لابن نجيم ١/ ١٠٦.

(٢) عرّفت المجلة العدلية في المادة (١٥٦٥) مرض الموت: «بأنه الذي يخاف فيه الموت في الأكثر، الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، صاحب فراش كان أو لم يكن...»، فالعبرة في الحقيقة أن يتوافر في المرض أمران: غلبة الهلاك عادة منه، وحدوث الموت فعلاً متّصلاً به.

(٣) متفق عليه بين البخاري ومسلم. والعالة: جمع عائل؛ وهو الفقير. ويتكففون: أي يسألون الناس بأكفهم.

(٤) حديث متواتر رواه اثنا عشر صحابياً، منهم علي وابن عباس وابن عمر (راجع نصب الراية، ومجمع الزوائد، ونيل الأوطار).

وقال الشافعي: إن أداه بنفسه، كان محسوباً من جميع المال، وإن لم يؤدّ، يصير ديناً في جميع التركة، مقدماً على الميراث والوصية كديون الناس، أوصى به أو لم يوصِ.

وإذا كان المريض مديناً: فإن كان دينه مستغرقاً (أي محيطاً) جميع ماله، فقد قرّر الفقهاء أنه يعتبر محجوراً حجراً كلّياً في جميع ماله عن أي تبرع، ولو بطريق البيع بالمحاباة إلا بإجازة الدائنين، محافظة على حقوقهم.

وإن لم يكن دينه مستغرقاً جميع ماله، كان محجوراً على تبرعاته حجراً جزئياً في حدود ثلث ماله لصالح الورثة، فلا ينفذ تبرع صادر منه إلا في ثلث الباقي بعد وفاء الدين.

وعلى هذا، فإن الحجر على المريض يكون بقدر ما يتعلق به صيانة حق الدائن والوارث، ونظراً لقيام الحجر، فكل تصرف واقع من المريض ويحتمل الفسخ كالهبة وبيع المحاباة يصح في الحال، وينقض إن احتيج إليه باتصال المرض بالموت(١).

الحالة الثامنة - النقص الطبيعي

النقص: ضدّ الكمال، وبما أن صاحبه يتحمل نوعاً من المشقة إذا طولب بالتكاليف التي يلزم بها أهل الكمال، لذا كان سبباً من أسباب التخفيف في التكليفات الشرعية. والنقص يشمل حالتي القصر والأنوثة، فلا يصح عقلاً ولا شرعاً أن يطالب الأولاد القصر، والنساء بمثل ما يطالب به الرجال، نظراً للضعف الطبيعي عند الولد والمرأة، وبما أن حالة الضرورة الشرعية تشمل الاضطرار الطبيعي، فيمكن جعل هذه الحالة من حالات الضرورة من باب التوسع في إطلاق اللفظ، وإلا فإن المتبادر إلى الفهم عند سماع كلمة (الضرورة) أنها ما يطرأ على الإنسان من أحوال تتنافى مع الأوضاع المعتادة، تجعله أهلاً لتخفيف الأحكام العامة في حقه.

---

(١) راجع التلويح على التوضيح ٢/ ١٧٧، كشف الأسرار ٤/ ١٤٢٧ وما بعدها، التقرير والتحبير ٢/ ١٨٦، مرآة الأصول ٢/ ٤٤٧، المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء: ف ٤٦٢/ ٢، الأموال ونظرية العقد للمرحوم الدكتور محمد يوسف موسى ٣٣٨ وما بعدها.

وأما التخفيفات التي قررها الشرع للأولاد والنساء، فهي ما يأتي:

١ - عدم تكليف الصبي والمجنون بشيء من التكاليف الدينية كالصلاة والصيام وسائر العبادات. وأما إدارة واستثمار أموالهما فقد فوّضت إلى الولي (الأب أو الجد أو الأوصياء أو القاضي). وأما التربية والحضانة فهي إلى النساء رحمة بهما.

وأما مسؤولية الصبي والمجنون عن ضمان الإتلافات التي يلحقانها بأموال الآخرين فهي من قبيل الضرورة التي لا بدَّ منها لحماية حقوق الغير مهما كان سبب الإتلاف. وكذلك وجوب الزكاة في مالهما، والتزامهما بالإنفاق على الزوجة والقريب المعسر إذا كانا موسرين، مما تتطلبه الضرورة لسدِّ حاجة الفقراء وصلة الرحم والمساهمة في نفقات بيت المال للمصالح العامة التي تعود عليهما في النتيجة بالخير وصون المال.

٢ - عدم تكليف النساء بكثير مما يجب على الرجال، كحضور الجمعة والجماعة، والاشتراك في الجهاد إذا لم يكن النفير عامّاً، ودفع الجزية، وغير ذلك، وإباحة لبس الحرير والديباج، والتَّحلي بالذهب، وعدم قضاء الصلاة المفروضة حالة وجود الحيض أو النّفاس، دفعاً للحرج والمشقة مع تكرار حدوث العذر وطول الزمن. وذلك على عكس الصوم فإنه يجب قضاؤه بالإفطار لعدم وجود الحرج في قضائه، إذ إن الحيض لا يستوعب الشهر، ووقوع النفاس أمر نادر، فلا يبنى الحكم عليه، كالإغماء إذا استوعب الشهر[1]. وإعفاء المرأة من مسؤوليات الولاية العامة والقضاء والطلاق تخفيفاً عنها، ومراعاة ظروفها بجعل شهادتها وميراثها على النصف من الرجل.

مقارنة:

يلاحظ أن أحكام الصغار والمجانين في الشريعة الإسلامية تتفق مع المقرر في القانون بالنسبة للمسؤولية المدنية التقصيرية، فإنهم يكونون بوساطة أوليائهم مسؤولين عن ضمان التلف، ويلتزمون بدفع التعويض عن الضرر، تنص المادة

---

(١) المراجع الأصولية السابقة، الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٢، لابن نجيم ١/ ١١٥.

(١٦٣) مدني مصري، (١٦٤) مدني سوزي على ما يأتي: «كلّ خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض». لكن الشريعة ألزمت القاصر نفسه في ماله أو في ذمته بالضمانات، والقانون أوجب الضمان على الولي.

وأما فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية التقصيرية بارتكاب فعل مخالف للشريعة أو للقانون فإن الشريعة لا تطبق عقاباً بدنياً على الصغير غير البالغ خمسة عشر عاماً سواء أكان ذكراً أم أنثى، وإنما يعزر فقط بالتوبيخ أو بالحبس. والمجنون مثل القاصر.

أما القانون الجزائي فإنه يميز بالنسبة للقاصر بين مرحلتين: مرحلة الطفولة قبل سن التمييز، ومرحلة ما بعد التمييز بين سن السابعة والسابعة عشرة، ولقد حدّد القانون سنّ التمييز بإتمام السابعة من العمر، كما هو المقرر في الشريعة الإسلامية.

إن مرحلة الطفولة تعدّ من أسباب امتناع المسؤولية الجنائية أو من موانع العقاب، لأن الطفل يكون في هذه المرحلة فاقد الإدراك أو التمييز، وفاقد الاختيار تبعاً لذلك، فلا يكون أهلاً لتحمل التبعة الجنائية، ونص القانون الجزائي على هذا بقوله: «لا تقام الدعوى على الصغير الذي لم يبلغ من العمر سبع سنوات كاملة»(١)، ولكن يعيب هذا النص أنه لم يشر إلى أي إجراء يصح أن يتخذ حيال الصغير بقصد حمايته، أما في الشريعة فيعزر كما ذكرت، وعلى كلّ حال، فإن امتناع المسؤولية الجنائية لا يمنع أن تقام الدعوى المدنية في مواجهة الشخص المسؤول عن الصغير، بطلب التعويضات عن الأضرار الناشئة عن العمل الذي ارتكبه الصغير في مواجهة الشخص المسؤول عنه، كما أوضحت.

ويعدّ المجنون مثل الطفل لا يسأل أيضاً جنائياً، وإنما يسأل عنه وليه مدنياً فقط: «لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار في عمله، وقت ارتكاب الفعل لجنون أو عاهة في العقل»(٢).

وأما مرحلة ما بين السابعة والسابعة عشرة في القانون المصري، والثامنة عشرة

---

(١) المادة (٦٤) عقوبات مصري، والمادة (٢٣٦) عقوبات سوري.

(٢) المادة (٦٢) عقوبات مصري، والمادة (٢٣٠) عقوبات سوري.

في القانون السوري، فإنها تكون من الأسباب المخففة للعقاب بوجه عام، فلا تطبق على الأحداث القصر الأحكام نفسها التي يخضع لها الكبار البالغون، وإنما يميزون بأحكام خاصة(١)، وقد قسمت هذه المرحلة في مصر إلى فترات ثلاث: ما بين السابعة والثانية عشرة، وما بين الثانية عشرة والخامسة عشرة، وما بين الخامسة عشرة والسابعة عشرة. وصُنِّف الأحداث القاصرون في سورية إلى أربعة أصناف: الأطفال وهم الذين لم يتموا السابعة من العمر، والأولاد وهم الذين أتمّوا السابعة ولم يتموا الثانية عشرة، والمراهقون وهم الذين أتموا الثانية عشرة ولم يتموا الخامسة عشرة، والفتيان وهم الذين أتموا الخامسة عشرة، ولكنهم لم يتموا الثامنة عشرة(٢).

الحالة التاسعة - الدِّفاع الشَّرعي

إذا اعتدى إنسان على غيره في نفس أو مال أو عرض، أو صالت عليه بهيمة فللمعتدى عليه أو لغيره أن يرد العدوان بالقدر اللازم لدفع الاعتداء حسب تقديره في غالب ظنّه، مبتدئاً بالأخف فالأخف إن أمكن، فإن أمكن دفع المعتدي بكلام واستغاثة بالناس، حرم عليه الضرب، وإن أمكن الدفع بضرب اليد، حرم استخدام السوط، وإن أمكن الدفع بالسوط، حرم استعمال العصا، وإن أمكن الدفع بقطع عضو، حرم القتل؛ لأن ذلك جوِّز للضرورة استثناء من قاعدة «الضرر لا يزال بالضرر»، ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل، ومن المعلوم أن «الضرورة تقدر بقدرها»، حتى إنه إن تمكن المعتدى عليه أو المصول عليه من الهرب أو الالتجاء لحصن أو جماعة، فيجب عليه ذلك عند الشافعية وفي

(١) راجع المواد (٦٥ - ٧٣) عقوبات مصري، والمواد (٢٣٦ - ٢٣٨) عقوبات سوري، والمرسوم التشريعي رقم (٥٨) سنة (١٩٥٣) الذي ألغى المواد السابقة في سورية، وأطلق عليه اسم (قانون الأحداث الجانحين).

(٢) موجز القانون الجنائي، علي راشد ٣٨٢ وما بعدها، ٦٠٩ وما بعدها، مبادئ قانون العقوبات، محمد الفاضل ٤١٦ وما بعدها، موجز النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي ١/ ٤٢٣.

وجه عند الحنابلة، ويحرم عندئذ قتال المعتدي أو الصائل، لأن المعتدى عليه مأمور بتخليص نفسه بالأهون فالأهون، وبما أن الهرب ونحوه أسهل من غيره، فلا يلجأ إلى الأشد.

قال العز بن عبد السلام: إذا انكف الصوال عن الصيال[١] حرم قتالهم وقتلهم[٢].

والدليل على مشروعية هذا المبدأ قوله سبحانه: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤]. فالأمر بالتقوى دليل على ضرورة التزام مبدأ المماثلة أو التدرج في الأخذ بالأخف فالأخف.

ومن السُّنة في الموضوع أحاديث كثيرة، ذكرت بعضها سابقاً مثل: «من قتل دون ماله فهو شهيد»، ومثل: «من اطَّلع في بيت قوم بغير إذنهم، فقد حلَّ لهم أن يفقؤوا عينه»، ومنها: «أن رجلاً عضَّ يد رجل، فنزع يده من فيه، فوقعت ثنيّتاه، فاختصموا إلى النَّبي ﷺ، فقال: يعضُّ أحدكم يد أخيه كما يعضُّ الفحل، لا دية لك»[٣]، وروى يعلى بن أمية قال: «كان لي أجير، فقاتل إنساناً، فعضَّ أحدهما صاحبه، فانتزع أصبعه، فأندر[٤] ثنيته، فسقطت، فانطلق إلى النَّبي ﷺ، فأهدر ثنيته، وقال: أيدع يده في فيك تقضَمُها كما يَقْضَم الفحل؟»[٥].

---

(١) يقال: صال الفحل صولاً وصيالاً: إذا وثب البعير على الإبل يقاتلها، وصال عليه: استطال، فمن يعدو على الناس ويقتلهم يقال له: صائل.

(٢) قواعد الأحكام ١/ ١٥٩.

(٣) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة ما عدا أبا داوود عن عمران بن حصين. وروى أحمد عن أبي هريرة قال: «جاء رجل، فقال: يا رسول الله، أرأيت إن عدا على مالي؟ قال: أنشد الله، قال: فإن أبوا علي؟ قال: أنشد الله، قال: فإن أبوا علي؟ قال: قاتل، فإن قُتلت ففي الجنة، وإن قتَلت ففي النار»، قال ابن تيمية: فيه من الفقه أنه يدفع بالأسهل فالأسهل. (نيل الأوطار ٥/ ٣٢٦).

(٤) أندر: أي أزال ثنيته، والثنية: واحدة الثنايا، أي أسنان مقدم الفم، ثنتان من فوق وثنتان من أسفل.

(٥) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) إلا الترمذي، والفحل: الذكر من كلّ حيوان.

وأما جواز الدفاع عن الغير فأساسه الحفاظ على الحرمات مطلقاً من نفس أو مال، ولولا التعاون لذهبت أموال الناس وأنفسهم، وقد قال ﷺ: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، قيل: كيف أنصره ظالماً؟ قال: تحجُزه عن الظلم، فإن ذلك نصره»(١). وقال أيضاً: «من أُذلَّ عنده مؤمن، فلم ينصره وهو يقدر على أن ينصره، أذلَّه الله على رؤوس الأشهاد يوم القيامة»(٢).

حكم الدفاع الشرعي:

تعدّ أفعال الدفاع مباحة باتفاق الفقهاء، فلا مسؤولية على المدافع من الناحيتين المدنية والجنائية، إلا إذا تجاوز حدود الدفاع المشروع، فيصبح عمله جريمة يسأل عنها مدنياً وجزائياً.

شروط دفع الصائل:

يشترط لجواز دفع الصائل أربعة شروط هي:

١ - أن يكون هناك اعتداء في رأي جمهور العلماء، وعند الحنفية أن يكون الاعتداء جريمة معاقباً عليها.

وعلى هذا، فممارسة حق التأديب من الأب أو الزوج أو المعلِّم، وفعل الجلاد لا يوصف بكونه اعتداء، وفعل الصبي والمجنون وصيال الحيوان: لا يوصف بكونه جريمة عند الحنفية.

٢ - أن يكون الاعتداء حالاً، أي واقعاً بالفعل لا مؤجلاً ولا مهدداً به فقط.

٣ - ألا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر، فإذا أمكنه ذلك بوسيلة أخرى كالاستغاثة والاستعانة برجال الأمن، ولم يفعل فهو معتد.

٤ - أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه، أي بالقدر اللازم لردِّ الاعتداء بحسب ظنِّه بالأيسر فالأيسر(٣).

---

(١) رواه أحمد في مسنده والبخاري والترمذي عن أنس بن مالك.

(٢) رواه أحمد في مسنده عن سهل بن حنيف (نيل الأوطار ٥/ ٣٢٧).

(٣) راجع تفصيل هذه الشروط في التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عودة ١/ ٢٧٨ وما بعدها.

هل دفع الصائل حق أو واجب؟

يقتضي هذا البحث إفراد كل حالة من حالات الدفاع الشرعي على حدة.

أولاً - الدفاع عن النفس:

إذا هوجم إنسان بقصد الاعتداء على نفسه، أو عضو من أعضائه، سواء أكان الهجوم من إنسان آخر أو من بهيمة، فيجب على المعتدى عليه أن يدافع عن نفسه في رأي الحنفية والمالكية والشافعية، إلا أن الشافعية قيدوا وجوب دفع الصائل في هذه الحالة بما إذا كان الصائل كافراً أو بهيمة، لأن الاستسلام للكافر ذلّ في الدين، والبهيمة تذبح لاستبقاء نفس الإنسان، وأما إذا كان الصائل مسلماً فالأظهر عندهم أنه يجوز الاستسلام له بل يسن، لما سيأتي من الأدلة في مذهب الحنابلة.

ودليل هؤلاء في الجملة قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٥]، وقوله: ﴿فَقَٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ﴾ [الحجرات: ٤٩/ ٩][١]. وبما أن الإنسان يجب عليه صيانة نفسه بأكل ما يجده حال الجوع، فيجب عليه الدفاع عن نفسه، كما يجب عليه نصرة الحق وقتال الباغين، قال الطبري: «إنكار المنكر واجب على من يقدر عليه، فمن أعان المحق أصاب، ومن أعان المبطل أخطأ، وإن أشكل الأمر فهي الحالة التي ورد النهي عن القتال فيها»[٢].

وقال الإمام أحمد: ورأيه هو الراجح المتفق مع الدليل: إن دفع الصائل عن النفس جائز لا واجب، لقول النَّبي ﷺ في حال الفتنة: «اجلس في بيتك، فإن خفت أن يبهرك شعاع الشمس، فغطِّ وجهك»، وفي لفظ: «تكون فتن، فكن فيها عبد الله المقتول، ولا تكن القاتل»[٣]. وصحَّ أن عثمان بن عفان رضي الله عنه منع عبيده أن يدافعوا عنه، وكانوا أربع مئة، وقال: «من ألقى سلاحه فهو حرٌّ»، وقالوا: وهذا

---

(١) ومثل ذلك آيات: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤]، ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٢/ ٤٠].

(٢) سبل السلام ٤/ ٤٠.

(٣) أخرجه ابن أبي خيثمة والدارقطني عن عبد الله بن خباب بن الأرتّ، وأخرج أحمد نحوه عن خالد بن عرفطة.

مخالف لحال المضطر إلى الطعام يلزمه الأكل منه، لأن في القتل شهادة وإحياء نفس غيره، وفي الأكل إحياء نفسه من غير مساس بنفس أحد آخر.

ضمان الفعل: اتفق الفقهاء على أن المعتدى عليه إذا قتل الصائل فلا مسؤولية عليه من الناحيتين الجنائية والمدنية، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من شهر سيفه ثم وضعه (أي ضرب به)، فدمه هدر»[١]، ولأن الصائل باغ والمصول عليه كان يؤدي واجبه في الدفاع عن نفسه، ودفع الشَّر[٢]، إلا أن الحنفية استثنوا من ذلك ما إذا كان الصائل صبيّاً أو مجنوناً أو دابّة، فقتله المصول عليه، فيسأل مدنيّاً فقط لا جنائيّاً، فلا قصاص عليه، وإنما يدفع الدّية عن الصبي والمجنون ويضمن قيمة الدابة، وروي عن أبي يوسف: أنه يكون مسؤولاً مدنياً فقط عن قيمة الحيوان، ولا تجب الدية عليه في قتل الصبي والمجنون، لأنه يشترط في رأيه أن يكون الاعتداء جريمة.

ودليلهم بالنسبة للدابة قوله ﷺ: «العجماء جُرْحها جبار»[٣]، أي هدر، وأما فعل الصبي والمجنون فلا يوصف بكونه جريمة أو بغياً، فلا تسقط به عصمة النفس، ولا يتوافر بالتالي شرط جواز الدفاع عن النفس، لأن من شرائطه أن يكون هناك اعتداء أو عدوان كما ذكرت، ولأن الدفاع شرع لدفع الجرائم، ولا جريمة ها هنا، وقال أبو يوسف: يعدّ فعل الصبي والمجنون جريمة، بدليل أنه يجب عليهما ضمان المتلفات، إلا أنه رفع العقاب عنهما لعدم الإدراك، أما فعل الدابة فليس جريمة ولا يجب الضمان على ما تتلفه، لأن العجماء جبار[٤].

---

(١) أخرجه النَّسائي وإسحاق بن راهويه والطبراني عن ابن الزبير (نصب الراية ٤/ ٣٤٧).

(٢) قال الحنفية: «من شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً أو شهر عصاً ليلاً في مصر، أو نهاراً في طريق غير مصر، فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه» (مجمع الضمانات نقلاً عن كتاب الهداية ١٦٦).

(٣) رواه الجماعة عن أبي هريرة (نيل الأوطار ٥/ ٢٣٤).

(٤) راجع في هذا وما قبله مما ذكر في دفع الصائل: تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ١١٠، البدائع ٧/ ٩٣، تكملة فتح القدير ٨/ ٢٦٩، الدّر المختار وردّ المحتار ٥/ ٣٨٧، الفتاوى الهندية ٦/ ٧، ٥١، مواهب الجليل ٦/ ٣٢٣، المنتقى على الموطأ ٦/ ٦١، تنوير الحوالك شرح الموطأ ٢/ ٢٢٠، الفروق ٤/ ١٨٥، مغني المحتاج ٤/ ٢١، ١٩٥، المهذب ٢/ ٢٢٥، =

والخلاصة: أن أبا حنيفة لا يرى وجوداً لحالة الدفاع في صيال الصبي والمجنون، والحيوان، وإنما يحق الدفع على أساس الضرورة، أي فيجب الضمان أو التعويض، وأما أبو يوسف فيرى وجود حالة الدفاع إذا صال الصبي أو المجنون، أما إذا صال الحيوان فيدفع على أساس الضرورة، وأما جمهور العلماء فيرون توافر حالة الدفاع في كلّ الحالات المذكورة، لأن من واجب الإنسان أن يدافع عن النفس والمال عند كلّ اعتداء، وأن فعل الاعتداء بذاته لا يحل دم الصائل، ولكنه يوجب أو يجيز منع الاعتداء، فالمطالبة بمنع الاعتداء هو الذي أحلَّ دم الصائل وليس الاعتداء ذاته، فلا يشترط إذن أن يكون ذات الاعتداء جريمة معاقباً عليها[1].

وأما من عضَّ يد إنسان، فانتزعها منه، فسقطت أسنانه فلا ضمان عليه، أي لا يسأل مدنياً بدفع الدّية عند جمهور الفقهاء، بدليل حديثي عمران بن حصين ويعلى بن أمية السابق ذكرهما.

وقال الإمام مالك: إنه يجب الضمان في مثل ذلك، لقوله ﷺ: «في السّن خمس من الإبل»[2]، وقال يحيى بن يعمر وابن بطال: لو بلغ مالكاً هذا الحديث (أي الحديث السابق) لم يخالفه[3].

ثانياً - الدفاع عن العرض:

إذا أراد فاسق الاعتداء على شرف امرأة، فيجب عليها باتفاق الفقهاء أن تدافع عن نفسها إن أمكنها ذلك، لأن التمكين منها للرجل محرم، وفي ترك الدفع تمكين منها للمعتدي، ولها قتل الرجل المكره، ولو قتلته كان دمه هدراً إذا لم يمكن دفعه إلا بالقتل.

= المغني ٨/ ٣٢٩ وما بعدها، ٣٣٦، كشاف القناع ٤/ ١٤٣، المحلّى ٨/ ١٦٨، نيل الأوطار ٥/ ٣٢٩، سبل السلام ٤/ ٣٩ وما بعدها، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ١٩٠، غاية المنتهى ٣/ ٣٤٧.

(١) التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ١/ ٤٧٧.

(٢) رواه أبو داوود في المراسيل والنَّسائي وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان وأحمد.

(٣) الميزان للشعراني ٢/ ١٧٣، نيل الأوطار ٧/ ٢٥، المغني ٨/ ٣٣٣ وما بعدها، مغني المحتاج ٤/ ١٩٧.

وكذلك يجب على الرجل إذا رأى غيره يحاول الاعتداء على امرأة أن يدفعه، ولو بالقتل إن أمكنه ذلك ولم يخف على نفسه، لأن الأعراض حرمات الله في الأرض، لا سبيل إلى إباحتها بأي حال، سواء عرض الرجل أو عرض غيره.

ولا يسأل المدافع جنائياً ولا مدنياً في هذه الحالة باتفاق المذاهب الأربعة، فلا قصاص ولا دية عليه، لظاهر الحديث «من قتل دون أهله فهو شهيد»[١]. ولما ذكر الإمام أحمد من حديث الزهري بسنده عن عبيد بن عمير: «أن رجلاً أضاف ناساً من هذيل، فأراد امرأة على نفسها، فرمته بحجر، فقتلته، فقال عمر: والله لا يؤدى أبداً»، ولأنه إذا جاز الدفاع عن المال الذي يجوز بذله وإباحته، فدفاع المرأة أو الرجل عن نفسها وصيانتها عن الفاحشة التي لا تباح بحال أصلاً أولى[٢].

الاطّلاع على داخل البيوت:

لو اطَّلع إنسان دون إذن على بيت إنسان من ثقب، أو شق باب أو نحوه، فرماه صاحب البيت بحصاة أو طعنه بعود، فقلع عينه، فلا مسؤولية عليه جنائياً ولا مدنياً، أي لا قصاص ولا دية عند الشافعية والحنابلة، لقوله ﷺ: «لو أن رجلاً اطَّلع عليك بغير إذن، فخذفته[٣] بحصاة ففقأت عينه، ما كان عليك جناح»[٤]، وقوله: «من اطَّلع في بيت قوم بغير إذنهم، فقد حلَّ لهم أن يفقؤوا عينه»[٥]، وفي لفظ: «من اطَّلع في بيت قوم بغير إذنهم، ففقؤوا عينه، فلا دية له ولا قصاص»[٦].

هذا إذا رماه بشيء خفيف كحصاة. أما إن رمى صاحب الدار الناظر بما يقتله عادة كحجر قاتل، أو حديدة ثقيلة، أو نشّاب، فيلزم بالقصاص أو الدية عند

---

(١) رواه أبو داوود والترمذي وصححه عن سعيد بن زيد.
(٢) المغني ٨/ ٣٣١ وما بعدها، كشف الأسرار ٤/ ١٥٢٠، مجمع الضمانات للبغدادي ٢٠٣، مغني المحتاج ٤/ ١٩٤ وما بعدها، المهذب ٢/ ٢٢٥، الدّر المختار ٣/ ١٩٧، ٥/ ٣٩٧، البدائع ٧/ ٩٣، بداية المجتهد ٢/ ٣١٩.
(٣) الخذف: الرّمي بالحصاة. والحذف: الرَّمي بالعصا لا بالحصى.
(٤) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد عن أبي هريرة.
(٥) رواه أحمد.
(٦) رواه أحمد والنَّسائي.

العفو، لأن له ما يقلع به العين المبصرة التي حصل الأذى منها دون ما يتعدى إلى غيرها.

فإن لم يندفع الناظر بالشيء اليسير جاز - كما في الصيال - رميه بأشد منه، حتى القتل، سواء أكان الناظر في الطريق أو في ملك نفسه أو غير ذلك[١]. وقد بيَّن النَّبي ﷺ الحكمة من منع الاطِّلاع على البيوت فقال: «إنما جعل الاستئذان من أجل البصر»[٢].

وقال الحنفية والمالكية: يسأل جنائياً صاحب الدار في هذه الحالة فيجب عليه القصاص لقوله عليه الصلاة والسلام: «في العين نصف الدية»[٣]، ولأن مجرد النظر بالعين لا يبيح الجناية على الناظر، كما لو نظر من الباب المفتوح، وكما لو دخل منزله، ونظر فيه، أو نال من امرأته ما دون الجماع، لم يجز قلع عينه، فمجرد النظر أولى[٤].

ويلاحظ أن الخلاف فيمن نظر من خارج الدار، أما لو أدخل شخص رأسه، فرماه صاحب الدار بحجر، ففقأ به عينه، لا يضمن إجماعاً.

ثالثاً - الدفاع عن المال:

قرّر جمهور الفقهاء أن الدفاع عن المال جائز لا واجب، سواء أكان المال قليلاً أم كثيراً، إذا كان الأخذ بغير حق، ولا قصاص على المدافع إن التزم الدفع بالأسهل فالأسهل، لما روي عن أبي هريرة قال: «جاء رجل فقال: يا رسول الله، أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك (وفي لفظ: قاتل دون مالك)، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت

---

(١) مغني المحتاج ١٩٧/٤ وما بعدها، المهذب ٢/ ٢٢٥، أعلام الموقعين ٢/ ٣٣٦، المغني ٨/ ٣٣٥.

(٢) رواه أحمد والبخاري ومسلم والترمذي عن سهل بن سعد.

(٣) أخرجه أبو داوود في المراسيل والنَّسائي وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان وأحمد (سبل السلام ٣/ ٢٤٤).

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي وحاشية الشلبي عليه ٦/ ١١٠، الفتاوى الهندية ٦/ ٧، ردّ المحتار على الدّر ٥/ ٣٩٠، تكملة فتح القدير ٨/ ٢٦٩، مجمع الضمانات ١٦٩، القوانين الفقهية لابن جزي ٣٥١، رحمة الأمة بهامش الميزان ٢/ ١٥٩، ط البابي الحلبي.

شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار»[١]. وسبب التفرقة بين الدفاع عن المال والدفاع عن النفس عند القائلين بوجوب الدفاع عن النفس لا المال هو أن المال مما يباح بالإباحة والإذن، أما النفس فلا تباح بالإباحة.

وقال بعض المالكية: لا يجوز الدفاع عن المال إذا كان شيئاً يسيراً. ولكن ظاهر الأحاديث وعمومها يرد على ذلك.

وقال بعض العلماء: إن المقاتلة عن المال واجبة.

وفرق الشافعية بين أنواع الأموال فقالوا: لا يجب الدفع عن مال لا روح فيه، لأنه يجوز إباحته للغير، أما ما فيه روح فيجب الدفع عنه إذا قصد إتلافه، ما لم يخش على نفسه أو عرضه، لحرمة الروح، حتى لو رأى أجنبي شخصاً يتلف حيوان نفسه إتلافاً محرماً، وجب عليه دفعه على الأصح. وكذلك يجب عليه الدفع عن مال تعلَّق به حق الغير كرهن وإجارة[٢].

الدفاع الشرعي وحالة الضرورة:

يفرق بعض الكاتبين بين حالتي دفع الصائل والضرورة الملجئة، فيذكرون أن الضرورة الملجئة لا تعفي من الضمان (أي المسؤولية المدنية)، ولكنها تعفي من العقاب (أي المسؤولية الجنائية)، وأن تقدير الخطر في حال الضرورة أمر مادي محض، وفي حال الدفاع مفوض إلى ظن المدافع، وأن مخالف حكم الضرورة آثم، بخلاف الممتنع عن الدفاع عن النفس عند القائلين بأنه حق جائز لا أمر واجب، فإنه لا يأثم. وأن حالة الدفاع يقصد منها دفع ضرر الإنسان أو الحيوان، أما في حال الضرورة فيقصد به دفع ضرر ظرف خارجي كحريق وغريق، أو عامل داخلي كالجوع والعطش ونحوهما.

قال البزدوي: «إن أثر الضرورة يظهر في إسقاط الإثم دون الحكم، فيلزم

---

(١) رواه مسلم وأحمد (راجع نصب الراية ٤/ ٣٤٨ وما بعدها).

(٢) حاشية ابن عابدين على الدّر ٥/ ٣٨٨، مواهب الجليل ٦/ ٣٢٣، المهذب ٢/ ٢٢٤ وما بعدها، مغني المحتاج ٤/ ١٩٥، المغني ٨/ ٣٢٩ وما بعدها، المحلى ١١/ ١٦ وما بعدها، نيل الأوطار ٥/ ٣٢٦.

المضطر بالتعويض، فمن أصابته مخمصة يباح له تناول مال الغير ولا يسقط الضمان»[١].

هذا كله صحيح، لكني أرى أن حالة الدفاع الشرعي من حالات الضرورة بالمعنى الأعم: **وهو كلّ ما يستدعي حكماً استثنائياً مخالفاً لمقتضى القواعد العامة أو مبيحاً للفعل أو رافعاً للإثم والحرج**، فالدفاع الشرعي وإن أصبح في العرف حقّاً، لكن ذلك لا ينسينا أن النظر لهذا الحق قائم على أساس من الضرورة في قتل الأنفس مثلاً محافظة على نفس المعتدى عليه. وأما الفروق السابقة فهي مبنية على أساس أن الضرورة قاصرة على حالتي دفع خطر الجوع ونحوه، ودفع ضرر الظروف المحدقة، وإذا كان للضرورة بالمعنى الأعم حالات، فلا يعني أن يكون حكم كلّ هذه الحالات واحداً، فقد تكون الضرورة مانعة من المسؤوليتين الجنائية والمدنية، وقد تقتصر على منع المسؤولية الجنائية فقط.

مقارنة:

جعل قانون العقوبات المصري والسوري[٢] الدفاع الشرعي من أسباب إباحة الجرائم، فهو استعمال لحقّ أباحه القانون الوضعي، ويعرِّفه فقهاء القانون: بأنه الحق الذي يقرره القانون لمن يهدده خطر اعتداء في أن يصدّه بالقوة اللازمة. ويفهم من ذلك أن القانون لا يعدّه أمراً ملزماً للمعتدى عليه، وإنما يمنحه الحق في أن يلجأ إلى القوة، فهو إنما يعتمد في أساس الإعفاء من العقاب أو رفع المسؤولية في هذه الحالة أساساً موضوعياً، أي مرجعه إلى ذات الفعل الذي يرتكب في موقف الدفاع الشرعي، بسبب أنه ارتكب استعمالاً لحق يجعله مباحاً لا جريمة فيه. وليس أساساً شخصياً، أي مرجعه إلى شخص من وقف مدافعاً، لأن هذا الموقف ليس إلا ظرفاً خاصاً به يجعله معذوراً، مما يقتضي رفع العقاب عنه، دون إباحة الفعل في ذاته[٣].

---

(١) كشف الأسرار ٤/ ١٥١١، ١٥١٨. والضمان معناه: الإلزام بقيمة المتلفات ونحوها.

(٢) راجع المواد (٢٤٥ - ٢٥١) من قانون العقوبات المصري، والمادة (١٨٣) من قانون العقوبات السوري.

(٣) إن أسباب الإباحة لحق الدفاع الشرعي ذات طبيعة موضوعية، فتنصب على ذات الفعل =

وعلى هذا فإنه يترتب على مباشرة حق الدفاع الشرعي إباحة الأفعال التي يكون قد أتاها المدافع، فتمحو عنها صفة الجريمة، وترتفع عنه كلّ مسؤولية جنائية أو مدنية.

ويفرق القانونيون بين الدفاع الشرعي وحالة الضرورة بالفروق التالية:

١ - إن الدفاع الشرعي سبب إباحة للجريمة، أما حالة الضرورة فهي مانع من العقاب فقط لا تبيح الفعل، إنما يظل غير مشروع.

٢ - إن الخطر في الدفاع الشرعي يفترض فيه أن يكون جريمة، أي غير مشروع في نظر القانون. أما حالة الضرورة فلا يفترض فيها أن يكون الخطر غير مشروع، وإنما يجوز أن يكون ناشئاً عن قوة طبيعية أو عن فعل لم يحرمه القانون. ومثل حالة الدفاع الشرعي أن يشهر شخص سلاحاً على غيره. وأما مثال حالة الضرورة فهو أن ينشب حريق في منزل، أو يحدق خطر الغرق بقارب، أو يهجم حيوان على إنسان دون تحريض من أحد.

٣ - يشترط في حالة الضرورة أن يكون الخطر جسيماً، ولا يشترط ذلك في حالة الدفاع الشرعي.

٤ - ينبغي في حالة الضرورة أن تتعين وسيلة دفع الخطر، فلا يكون باستطاعة المهدد بالخطر التخلص منه بوسيلة أخرى غير الفعل الذي ارتكبه، أما في الدفاع الشرعي فلا يتطلب ذلك في جميع الحالات.

واشترط القانون لوجود حق الدفاع الشرعي شرطين أساسيين:

= وتجعله مباحاً، أما موانع العقاب أو أسباب امتناع المسؤولية الجنائية مثل الجنون وصغر السِّن؛ فهي ذات صفة شخصية، لذا فإن الأولى تشمل كلّ من يساهم في الفعل سواء كان فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم متداخلاً. أما الثانية: فيقتصر أثرها على من تتوافر فيه شخصياً، أما من عداه فتظل مسؤوليته قائمة. والفرق الثاني: هو أن أسباب الإباحة تؤثر على الركن القانوني للجريمة فيصبح الفعل مباحاً، أما موانع العقاب فتؤثر على الركن المعنوي للجريمة، فيظل الفعل غير مشروع، وإن انتفى العقاب عنه. والفرق الثالث: أن أسباب الإباحة تمنع المسؤوليتين الجنائية والمدنية، أما موانع العقاب فتمنع المسؤولية الجنائية فقط، ويظل الشخص مسؤولاً مدنياً عن الأضرار.

الأول - هو حلول اعتداء أو خطر اعتداء بفعل يوصف بأنه جريمة على النفس أو المال.

الثاني - هو أن يكون استعمال القوة لازماً لدفع الاعتداء.

الشرط الأول يقضي بأن يكون الخطر جريمة أو فعلاً غير مشروع قانوناً، ففي حالة الاعتداء على النفس يعدّ كل اعتداء جريمة، حتى ولو كانت من قبيل المخالفات، ومن أمثلة الجرائم التي تقع على النفس القتل والجرح والضرب، والتعدي والإيذاء الخفيف كجذب الشعر، وكلّ ما يهدد العرض كاغتصاب الإناث وهتك العرض، أو الحرية كالحبس والقبض دون حق، أو الاعتبار الذي يمسّ الشرف أو السمعة كالسَّب والقذف.

ومن أهم أمثلة الجرائم التي تقع على المال الحريق العمد، والسرقة والتخريب، وانتهاك حرمة ملك الغير، ودخول أرض مهيأة للزراعة.

والشرط الثاني ينطوي على معان ثلاثة وهي:

١ - حاجة الاعتداء إلى القوة المادية لدفعه.

٢ - كون القوة هي الوسيلة الوحيدة لدفع الأعداء.

٣ - كون الاعتداء حالاً أو وشيك الوقوع[(١)].

يتضح مما ذكر أن كون الدفاع الشرعي في القانون حقّاً جائزاً لا واجباً، يتفق مع رأي الحنابلة فيما عدا حالة الدفاع عن العرض، وأما شروط الدفاع في القانون فهي نفسها المقررة في الشريعة، إلا في شرط كون الاعتداء جريمة، فقد تشدد فيه أبو حنيفة فاشترط أن تكون الجريمة معاقباً عليها، وأن يكون الصائل مسؤولاً جنائياً عنها، وإلا كان الدفع قائماً على أساس حالة الضرورة أي إن المصول عليه لا يسأل جنائياً ويسأل مدنياً. وخالفه في ذلك أبو يوسف وجمهور العلماء فاكتفوا باشتراط كون الفعل غير مشروع دون حاجة لأن يكون الصائل مسؤولاً عن الجريمة جنائياً.

---

(١) راجع موجز القانون الجنائي لأستاذنا علي راشد ٣٢٢ وما بعدها، ٣٩٩، مبادئ قانون العقوبات للدكتور محمد الفاضل ٢٦٣ وما بعدها، النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري للدكتور عدنان الخطيب ١٠٧ وما بعدها.

وأما هجوم الحيوان على الإنسان الذي ترتّب دفعه قانوناً على أساس الضرورة فهو يتفق تماماً مع مذهب الحنفية، وخالفهم جمهور الفقهاء فجعلوه من مسوغات الدفاع الشرعي.

وأما هرب المدافع فالرأي المتفق عليه قانوناً أنه لا يلزم به المدافع حتماً، لما ينطوي عليه من مظهر الضعف ومعنى الجبن، وهذا يتفق مع رأي جماعة من فقهاء الإسلام، إلا أنه إذا لم يكن في اللجوء إلى الهرب ما يفيد المعاني المتقدمة والتي تعافها النفس الأبية - كما لو كان مصدر الاعتداء أو الخطر مجنوناً أو سكراناً أو من في حكمهما - فيلزم به المدافع، وهذا يتفق مع رأي الشافعية، والحنابلة في أحد الوجهين عندهم.

وحكم الدفاع الشرعي في القانون يتفق مع المبدأ المقرر في الشريعة الإسلامية. وهو أنه يعدّ الفعل فيه مباحاً، غير مستوجب مسؤولية جنائية أو مدنية على المدافع إلا في حالة تجاوز حق الدفاع[1].

وكذلك يتفق القانون مع الشريعة في التفرقة بين حالة الدفاع الشرعي وحالة الضرورة بالمعنى الضيق، وهو أن الأولى من أسباب إباحة الجرائم، والثانية من أسباب موانع المسؤولية الجنائية أو موانع العقاب.

هذا في القانون الجنائي. أما في القانون المدني فقد نصَّ القانون المصري في المواد (١٦٥ - ١٦٧)، والقانون السوري في المواد (١٦٦ - ١٦٨)، على أحوال خاصة للضرورة، ومضمون هذه المواد الثلاث: هو أن الأولى في حالة الإعفاء من المسؤولية عن الضرر إذا نشأ من حادث مفاجئ أو قوة قاهرة. والثانية في إسقاط المسؤولية عن الضرر الحادث في حالة دفاع شرعي. والثالثة لنفي المسؤولية عن الموظف الذي يقوم بعمل تنفيذاً لأمر رئيس له، إذا كانت طاعته واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه.

---

(١) راجع وقارن التشريع الجنائي الإسلامي ١/ ٤٧٧، ٤٨٩.

الحالة العاشرة - استحسان الضرورة ·

الاستحسان من المصادر التبعية للأحكام الشرعية، وقد عرفه الكرخي بقوله: هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول[1]، وهناك تعريفات أخرى كثيرة للعلماء يتلخص منها أن الاستحسان يكون في أمرين:

١ - ترجيح قياس خفي على قياس جلي بناء على دليل. وهذا هو الاستحسان القياسي.

٢ - استثناء مسألة جزئية من أصل كلّي، أو قاعدة عامة، بناء على دليل خاص يقتضي ذلك. وهذا يشمل الاستحسان بالضرورة موضوع البحث هنا.

والعلماء وإن اختلفوا في الظاهر في أمر الاستحسان إلا أن الخلاف بينهم في الحقيقة لفظي، كما قال جماعة من المحققين كابن الحاجب والآمدي وابن السبكي والإسنوي والشوكاني، وعبارتهم هي: الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، وإنما الخلاف في الواقع في اعتبار العرف أو المصلحة صالحاً لتخصيص الدليل العام.

والاستحسان يشبه ما يسمى عند رجال القانون بالاتجاه إلى روح القانون وقواعده العامة الكلِّيّة.

والمقصود من استحسان الضرورة أو الحاجة: هو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والأخذ بمقتضاها أو بمقتضى الحاجة والمصلحة دفعاً للحرج ومراعاة للعدالة، والأمثلة ما يأتي[2]:

١ - المثال التقليدي: هو تطهير الآبار والأحواض من النجاسة المغلظة التي تقع فيها، فمقتضى القياس أو القاعدة العامة أنه لا يمكن تطهيرها أبداً بنزح الماء

---

(١) كشف الأسرار على أصول البزدوي ٢/ ١١٢٣.

(٢) كشف الأسرار ٤/ ١١٢٦، المعتمد للبصري ٢/ ٨٣٨ وما بعدها، مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول ٢/ ٣٣٦، التلويح على التوضيح ٢/ ٨٢، أصول الفقه للخضري ٣٢٥، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقا: ف ١٨، السياسة الشرعية للدكتور عبد الرحمن تاج ١٢٠.

كله أو بعضه، لأن نزح بعض الماء الموجود في البئر أو الحوض لا يؤثر في طهارة الماء الباقي فيهما كما هو واضح، ونزح كلّ الماء لا يفيد في طهارة ما ينبع من ماء جديد، لملاقاته محل النجاسة في قاع البئر وجدرانه، والدّلو تتنجس أيضاً بملاقاة الماء، فلا تزال تعود إلى البئر وهي نجسة، إلا أن الفقهاء استحسنوا ترك العمل بموجب القياس، فحكموا بطهارة البئر أو الحوض بنزح مقدار من الماء للضرورة المحوجة إلى ذلك.

وذكر فقهاء الحنفية مقادير الدّلاء التي يجب نزحها بما يتناسب مع نوعية النجاسة، حتى يخفّ أثرها، وإن كان لا يزيلها تماماً، فقالوا على سبيل المثال(١): يجب نزح جميع الماء إن كان الواقع في البئر أو الحوض حيواناً نجس العين كالخنزير، وكذا غيره إن مات فيه وانتفخ أو تفسخ مثل الشاة والكلب والآدمي، لأنه تيقن وصول شيء من النجاسة، فإن لم يكن منتفخاً أو متفسخاً فهو في ظاهر الرواية على مراتب ثلاث: في الفأرة ونحوها: ينزح عشرون دلواً أو ثلاثون (أي بحسب كبر الدلو وصغرها)، وفي الدجاجة ونحوها: ينزح أربعون أو خمسون، وفي الآدمي ونحوه: ينزح ماء البئر كله(٢).

٢ - قال الفقهاء بطهارة آبار الفلوات، على الرغم مما يقع فيها من قليل بعر الحيوان أو روثه، مما لا يتساهل فيه هؤلاء الفقهاء في غير هذا الموطن، نظراً للضرورة وعدم إمكان التحرز منه إلا بحرج ومشقة عظيمة.

٣ - أجيز القرض بين الناس، ولا سيما قرض الخبز عدداً، استثناءً من قواعد تحريم رِبا النَّسيئة (أي الأجل) للاضطرار إليه، توسعة على المحتاجين وتيسيراً

---

(١) البدائع ١/ ٧٤ وما بعدها، فتح القدير ١/ ٦٨ وما بعدها، تحفة الفقهاء ١/ ١١٠ وما بعدها.

(٢) رويت آثار عن الصحابة في هذه المقادير: منها ما روي عن أنس أنه قال في الفأرة إذا ماتت في البئر وأخرجت من ساعتها: ينزح منها عشرون دلواً. وعن أبي سعيد الخدري أنه قال في الدجاجة إذا ماتت في البئر: ينزح منها أربعون دلواً، رواهما الطحاوي من طرق. وروي عن ابن عباس وابن الزبير ﵃ أنهما أفتيا بنزح البئر كلها حين مات زنجي في بئر زمزم. روى ذلك الدارقطني وابن أبي شيبة والطحاوي والبيهقي (راجع نصب الراية للزيلعي ١/ ١٢٨ وما بعدها).

للتعاون المطلوب شرعاً بين الأفراد، لأن القرض في النقود أو الخبز مع زيادة في الوزن عادة يتناقض مع مبدأ تحريم الرِّبا القائم على زيادة في أحد العوضين لا يقابلها شيء في العوض الآخر، إلا أنه أجيز التعامل على سبيل القرض لا البيع، لعدم قصد الاسترباح والاستغلال فيه، ولتفاهة القدر الزائد، وقد أجمع علماء الأمصار على فعله في مختلف الأعصار بلا إنكار[١]. روت عائشة رضي الله عنها قالت: «قلت: يا رسول الله، إن الجيران يستقرضون الخبز، والخمير، ويردون زيادة ونقصاناً؟ فقال: لا بأس، إن ذلك من مرافق الناس، لا يراد به الفضل»[٢].

٤ - من المعلوم أن المؤتمن على شيء لا يضمن قيمته بهلاكه إلا بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ، ولكن المالكية والصاحبين من الحنفية استثنوا استحساناً الأجير المشترك[٣]، فإنه يضمن ما تلف بيده ولو بغير تعدٍّ ولا تقصير إلا إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة كحريق غالب عام، أو غرق غالب ونحوهما. ووجه الاستحسان تأمين مصالح المستأجرين للضرورة، وعلى هذا، فالقصار أو الكواء ضامن لما يتخرق بيده، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه، والخباز ضامن لما أفسد من خبزه، والحمّال يضمن ما يسقط من الحمل عن رأسه، أو تلف أثناء عثرته، والجمال أو السائق يضمن ما تلف بقيادته وسوقه وانقطاع حبله الذي يشدّ به بعيره، والملاح يضمن ما تلف من يده أو ما يعالج به السفينة، والصانع يضمن ما تلف بيده مما سلِّم إليه للقيام بصنعته فيه، والدليل عليه قول النَّبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٤]. وما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمِّن الصباغ والصواغ ويقول: «لا يصلح الناس إلا هذا». وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يضمِّن الأجير

---

(١) راجع الدّر المختار وردّ المحتار ٤/ ١٩٥، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٣/ ٢٢٢، المهذب للشيرازي ١/ ٣٠٤، مغني المحتاج ٢/ ١١٩، المغني ٤/ ٣١٩.

(٢) ذكره أبو بكر الشافي بإسناده عن عائشة رضي الله عنها.

(٣) وهو الذي يعمل لعامة الناس، أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالصانع والصباغ والقصار ونحوهم. ويقابله الأجير الخاص، وهو الذي يعمل لواحد فقط من الناس.

(٤) رواه أحمد وأصحاب السُّنن الأربعة وصححه الحاكم عن سمرة بن جندب، وأخرجه أيضاً الطبراني والحاكم وابن أبي شيبة.

المشترك احتياطاً لأموال الناس[١]، ولأن الأجير المشترك أو العام قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فيضمن كالمستعير[٢].

٥ - سؤر[٣] سباع الطير كالصقر والحدأة والنسر والغراب، هل يعدّ طاهراً أو نجساً، نظراً لأن هذه الطيور الجارحة تتناول النجاسات، ومناقيرها لا تخلو من النجاسات عادة؟

إن مقتضى القياس أو القواعد العامة أن يحكم بنجاسته قياساً على سؤر سباع البهائم كالفهد والذئب والأسد والنمر ذات اللحم النجس، وبما أن لحم سباع الطير نجس أيضاً، فسؤر كلّ منها نجس لاختلاطه باللعاب المتولد من لحم نجس، فيتنجس الماء بشرب أحد هذه الحيوانات منه.

إلا أن مقتضى الاستحسان طهارة سؤر سباع الطير، وخصوصاً بالنسبة لسكان الصحارى والبوادي، رعاية للضرورة، إذ إنه يتعذر الاحتراز من هذه الطيور لانقضاضها فجأة من الجو، وتفترق سباع الطير عن سباع البهائم في أن هذه يخالط لعابها النجس الماءَ، أما سباع الطير فعلى العكس من ذلك، لأنها تشرب بمناقيرها، والمنقار عظم طاهر، لأنه جاف لا رطوبة فيه، فلا يتنجس الماء بملاقاته، فيكون سؤره طاهراً كسؤر الإنسان لانعدام علة النجاسة وهي الرطوبة النجسة في أداة الشرب، إلا أن هذا السؤر يكره الانتفاع به، لأن سباع الطيور لا تحترز عن تناول الميتة والنجاسة ونحوهما.

٦ - تغتفر الجهالة اليسيرة في عقد البيع كأن يبيع قفيزاً من صبرة حنطة معينة بكذا، أو عِدْلاً من الثياب بكذا، ولا يعرف عددها، أو هذه الصبرة بكذا ولا يعلم مقدارها، فيجوز العقد لزوال الغرر لوجود التماثل بين المبيع وغيره، ولأن الجهالة

---

(١) راجع التلخيص الحبير ابن حجر ٢٥٦.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٢٢٩ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/ ٢٧ وما بعدها، المغني ٥/ ٤٧٩ وما بعدها، البدائع ٤/ ٢١٠، تكملة فتح القدير ٧/ ٢٠١، المبسوط للسرخسي ١٥/ ١٠٣ وما بعدها، مختصر الطحاوي ١٢٩، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/ ١١٠.

(٣) السؤر: هو الباقي من الماء في الإناء الذي يشرب منه الشارب.

يسيرة لا تفضي إلى المنازعة عادة، ومثل ذلك البيع بخيار التعيين، كأن يبيع رجل أحد الشيئين أو الثلاثة دون ما زاد على ذلك، مع اشتراط المشتري الخيار لنفسه بين أن يأخذ واحداً ويرد الباقي، فيصح البيع استحساناً، والقياس أن يفسد البيع.

وجه القياس: هو أن المبيع مجهول، لأنه باع أحد الشيئين وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولاً، فيمنع صحة البيع، كما لو باع أحد الأثواب الأربعة، وذكر الخيار: يكون البيع فاسداً لوجود الجهالة الفاحشة.

ووجه الاستحسان أولاً: الاستدلال بمشروعية خيار الشرط، فيقاس خيار التعيين في شراء أحد أشياء ثلاثة فقط على خيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن، وكلّ واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن.

وثانياً: لأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إليه، فإن كلّ واحد لا يمكنه أن يدخل السوق، فيشتري ما يحتاج إليه، خصوصاً كبار السن والنساء[1].

٧ - ردع المفسدين وعقوبة الجناة مستحسن للضرورة، إذ لولا عقوبتهم لأهلك الناس بعضهم بعضاً، وفسد نظام العالم، وانقلب المجتمع عالماً آخر غير إنساني[2].

الحالة الحادية عشرة - المصلحة المرسلة لضرورة

المصالح المرسلة: هي الأوصاف التي تلائم تصرفات الشارع ومقاصده، ولكن لم يشهد لها دليل معين من الشرع بالاعتبار أو بالإلغاء، ويحصل ربط الحكم بها جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الناس[3]. ومعنى هذا التعريف أنه قد تطرأ حادثة أو تقع واقعة في المجتمع الإسلامي، فيحاول المجتهدون من العلماء معرفة الحكم الشرعي لها، فيبحثون في مصادر الشريعة الأساسية: وهي القرآن والسُّنة النَّبوية والإجماع، فلا يجدون للوصف المناسب الذي يصلح بناء الحكم عليه نظيراً أو

---

(١) البدائع ٥/١٥٧ وما بعدها.

(٢) أعلام الموقعين ٢/١٠٢.

(٣) راجع الموافقات للشاطبي ١/٣٩.

مثيلاً له منصوصاً عليه، وإنما يلاحظون أن هذا المقتضي لحكم شرعي يتفق مع مقاصد الشريعة وروحها العامة التي تهدف إلى تحقيق الخير والمنفعة للناس، ومنع الضرر والشَّر عنهم.

واتفق العلماء على أنه إذا كان حكم الحادثة الجديدة محققاً لمصلحة ضرورية للحياة البشرية، نظراً لصلته الماسة بالدين أو بالنفس أو بالنسل أو بالعقل أو بالمال، فإنه لا بدَّ منه، ولا شك في قبوله واعتباره حكماً إسلامياً صحيحاً.

وهذا يكون في الحقيقة **من قبيل الأخذ بالضرورة**، لأن الضرورات تبيح المحظورات، وهو محل البحث هنا، وليس ذلك من المصلحة المرسلة.

ومن الأمثال عليه ما يأتي[1]:

١ - إذا صال الأعداء المحاربون على المسلمين مترسين بأسارى مسلمين، فإنه يجوز حينئذ قتل المسلم وغيره، حفظاً لجماعة المسلمين ودحراً للعدو، وإنقاذاً للبلاد من تسلُّط الأعداء وإيذائهم.

٢ - إذا اقتضت الضرورة أو الحاجة في سبيل الدفاع عن البلاد فرض ضرائب جديدة على الناس، ولم يكن في خزانة الدولة ما يكفي لسدِّ تلك الحاجة، فإنه يجوز للحاكم العادل أن يوظف على الأغنياء مقداراً معيناً من المال يدفعونه في سبيل الصالح العام للذَّود عن حياض البلاد، لأنه إذا تعارض شرّان أو ضرران قصد الشرع دفع أشد الضَّررين وأعظم الشَّرَّين، والقاعدة الشرعية هي: «يختار أهون الشَّرَّين» أو «يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام»، وما يؤديه كلّ فرد وحده قليل بالنسبة لعِظَم الخطر الذي يترتب على زوال السلطة التي تحفظ النظام، وتقطع دابر الشَّر والفساد، وتصون البلاد من الفتن واستيلاء الطامعين عليها.

٣ - إذا عمَّ الحرام في الأرض أو في ناحية منها وعسر الانتقال عنها، أو

(١) المستصفى ١/ ١٤٠ - ١٤٢، الاعتصام للشاطبي ٢/ ١١٩ - ١٢٧، تفسير القرطبي ٢/ ٢٢٣، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/ ٧٢، القواعد لابن رجب ٣٤٦، مغني المحتاج شرح المنهاج ٤/ ٣٠٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ١٢١، السياسة الشرعية لابن تيمية ٦ وما بعدها، القواعد لابن رجب ٣١٢، إرشاد الفحول للشوكاني ٢١٣.

اختلط المال الحرام بالحلال وتعذر تمييزه، وانسدت طرق المكاسب الطيبة، جاز الانتفاع بهذا المال، لا بقدر الضرورة فحسب، بل بمقدار الحاجة أيضاً في القوت والملبس والمسكن، إذ لو اقتصر على الضرورة لتعطلت المكاسب والأعمال، وأدى ذلك إلى الهلاك، ووقع الناس في الخراب والدمار، سواء في الدين أو في الدنيا.

وهذا الحكم ملائم لتصرفات الشرع وإن لم ينص عليه بعينه، فإنه قد أجاز الميتة للمضطر، وكذا الدم ولحم الخنزير، وغيرها من الخبائث والمحرمات، كما عرفنا.

٤ - يجوز مبايعة المفضول مع وجود الفاضل أو الأفضل: أي إنه إذا توافرت شروط الولاية العامة[١] في رجل، ولم تتوافر كلها في آخر، فيجوز مبايعة وتولية هذا الأخير للضرورة منعاً من الفتنة والاضطراب في الداخل، وتحاشياً من التعرض للأذى والعدوان من العدو في الخارج، وذلك إذا حالت ظروف معينة من تولية المستجمع لشرائط الولاية، أو لم تستكمل تلك الشروط في شخص ما.

٥ - حكم الصحابة الراشدون بتضمين الصناع ما يكون في أيديهم من أمتعة الناس، لأن الناس لهم حاجة إلى الصناع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يحكم بتضمينهم (أي بمسؤوليتهم عن تعويض التلف) لأدى ذلك إلى ضياع الأموال، وقلة الاحتراز، وكثرة الخيانة، وادِّعاء الهلاك الطبيعي، فكانت الضرورة قاضية بالتضمين، وفي هذا قال علي بن أبي طالب: «لا يصلح الناس إلا ذلك» أي الحكم بالضمان.

٦ - نصَّ أصحاب الإمام مالك على جواز سجن وضرب المتهمين بتهم الجنايات والجرائم، وذلك عندهم من قبيل تضمين الصناع، فإنه لو لم يكن الضرب والسجن بالتّهم، لتعذر استخلاص الأموال من أيدي السّراق والغصاب، إذ

---

(١) ذكر الماوردي في الأحكام السلطانية (ص ٤) سبعة شروط فيمن يختار للإمامة: وهي العدالة (أي صلاح الدين والمروءة)، والعلم مع بصيرة نيِّرة، وسلامة الحواس، وسلامة الأعضاء، والرأي المفضي إلى سياسة الرعية وتدبير المصالح، والشجاعة والنجدة المؤدية إلى حماية كيان البلاد وجهاد العدو، والنسب الرفيع (وهو بالنسبة للماضي): أن يكون من قريش، لقوله ﷺ: «الأئمة من قريش» رواه أحمد والطبراني وغيرهما.

قد يتعذر إقامة البينة، فكانت المصلحة في التعذيب وسيلة إلى التحصيل بالتعيين والإقرار، أي تعيين المتاع وإقرار المتهم.

٧ - أسقط سيدنا عمر رضي الله عنه حدَّ السرقة عام المجاعة، لعموم الابتلاء والحاجة، ولأن السُّراق اضطروا إلى الاعتداء على مال الغير، بسبب ما نالهم من الجوع والحرمان.

وكان عمر يشاطر المتَّهم من الولاة في ماله، منعاً للظلم والاستغلال.

٨ - أجاز المالكية[1] مسألة السفاتج للضرورة، وهي أن يقرض فيها إنسان قرضاً لآخر في بلد، ليوفيه المقترض في بلد آخر إلى المقرض أو نائبه أو دائنه. فينتفع الدافع والقابض، وانتفاع الدافع الخائف من مخاطر الطريق يتمثل في تأمينه ماله وربحه بهذا الأسلوب خطر الطريق.

الحالة الثانية عشرة - العرف

العرف: هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كلّ فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه.

وقد شمل هذا التعريف العرف العملي، والعرف القولي، وكلّ منهما إما عرف خاص أو عرف عام.

فالعرف العملي: هو ما اعتاده الناس في أفعالهم العادية أو معاملاتهم المدنية، مثل اعتيادهم أكل نوع معين من اللحوم أو الحبوب أو استعمال نوع خاص من الملابس والأدوات ونحوها، وتعارفهم قسمة المهر إلى معجل ومؤجل، وتعاملهم ببيع المعاطاة من غير وجود صيغة لفظية تدل على الإيجاب والقبول.

والعرف القولي أو اللفظي هو استعمال الناس بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين لا تألفه اللغة، مثل تعارفهم إطلاق الولد على الذكر دون الأنثى، وعدم إطلاق لفظ (اللحم) على السمك، وإطلاق لفظ (الدابة) على الفرس.

والعرف العام: هو ما يتعارفه غالبية أهل البلدان في وقت من الأوقات، مثل

---

(١) القوانين الفقهية ٢٥٠، ٢٨٨.

تعارفهم عقد الاستصناع[1]، واستعمال لفظ (الحرام) بمعنى الطلاق لإزالة عقد الزواج، ودخول الحمام من غير تقدير الأجرة، أو مدة المكث، أو مقدار الماء المستهلك.

والعرف الخاص: هو ما يتعارفه أهل بلدة أو إقليم أو طائفة معينة من الناس، كإطلاق كلمة (الدابة) في عرف أهل العراق على (الفرس)، واعتبار دفاتر التجار حجة في إثبات الديون.

والعرف في اعتبار الشرع إما صحيح أو فاسد.

العرف الصحيح: هو ما تعارفه الناس دون أن يحرم حلالاً، أو يحل حراماً كتعارفهم تقديم عربون في عقد الاستصناع، وأن الزوجة لا تنتقل إلى بيت زوجها إلا بعد قبض جزء من المهر، وأن المهر قسمان: معجل ومؤجل، وأن ما يقدمه الخاطب أثناء الخطبة يُعَدّ هدية، وليس جزءاً من المهر.

وأما العرف الفاسد: فهو ما تعارفه الناس ولكنه يحلّ حراماً أو يحرم حلالاً، كتعارفهم أكل الرِّبا، والتعامل مع المصارف بالفائدة، والمقامرة باليانصيب، واختلاط النساء بالرجال في الحفلات والأندية العامة، وتقديم الخمور والأنبذة، وإقامة محافل الرقص في الأفراح والحفلات، وترك الصلاة في الاحتفالات العامة.

وقد شرط الفقهاء شروطاً في العرف الذي يجوز في الشرع اعتباره والعمل بمقتضاه، من أهمها ألا يعارض نصّاً شرعيّاً في القرآن أو في السُّنة، وأن يكون مطّرداً أو غالباً، أي مستمرّاً العمل به في جميع الحوادث، أو يجري العمل عليه في أغلب الوقائع. وبهذا **يفترق عن الإجماع**، فإن الإجماع مبناه اتفاق مجتهدي الأمة الإسلامية، أما العرف فلا يشترط فيه الاتفاق، وإنما يكفي فيه سلوك الأكثرية بما فيهم العوام والخواص، فهو لهذا أشبه بالسيرة.

---

(١) عقد الاستصناع: هو عقد مع صانع على صنع شيء معين في الذِّمة: أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع. وهو كالسّلم نوع من أنواع بيع المعدوم، إلا أن بينهما فروقاً، منها: أن المبيع في السلم دين يحتمل الثبوت في الذمة فهو من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات أو العدديات المتقاربة، أما المبيع في الاستصناع فهو عين لا دين. ومنها أن الاستصناع على عكس السلم لا يجب فيه تعجيل الثمن، ولا بيان مدة للصنع والتسليم، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق.

وللعرف أهمية كبرى في مختلف التشريعات وعند كلّ الأمم، لذا يعتبر في القانون الوضعي أحد مصادر التشريع، بل إن كثيراً من نصوص القانون وأحكامه الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام إنما هي مترجمة عن العرف الشائع في البلاد.

أما في الإسلام فهو عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً، لأنه مبني في الغالب على مراعاة الضرورة أو الحاجة والمصلحة، أو دفع الحرج والمشقة، والتيسير في مطالب الشرع.

قال الشاطبي[(١)]: العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً، كانت شرعية في أصلها، أو غير شرعية، أي سواء أكانت مقررة بالدليل شرعاً أمراً أو نهياً أو إذناً، أم لا. أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر. وأما غيرها، فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك، لأن الشارع لما جاء باعتبار المصالح كما هو معلوم قطعاً، لزم القطع بأنه لا بدَّ من اعتباره العوائد، لأن أصل التشريع سببه المصالح، والتشريع دائم، فالمصالح كذلك، وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع، ووجه آخر؛ وهو أن العوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع.

ونطاق تأثير العرف عند الفقهاء يتحدد في أنه حجة في تفسير النصوص التشريعية، وقد يراعى في تشريع وتوليد وتعديل الأحكام، وبيان وتحديد أنواع الإلزامات والالتزامات في العقود والتصرفات والأفعال العادية حيث لا دليل سواه.

وعلى هذا فقد يترك النص الخاص ويؤخذ بالعرف عند الضرورة، وقد يخصص النص بالعرف أو تعامل الناس، وقد يقيد إطلاقه به، وقد يترك به القياس الاجتهادي أو الاستصلاح الذي لا يستند إلى نص، بل إلى مجرد المصلحة الزمنية، لأن العرف دليل الضرورة أو الحاجة، فهو أقوى من القياس ونحوه.

ومن الأدلة الشرعية على اعتبار العرف قول ابن مسعود ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيِّئاً فهو عند الله سيّئ»[(٢)]، وقد قال العلماء: «الثابت بالعرف كالثابت بالنَّص»، «العادة محكَّمة» أي معمول بها شرعاً.

---

(١) الموافقات ٢/٢٨٦ وما بعدها.

(٢) حديث موقوف على ابن مسعود، رواه أحمد في مسنده.

وهناك كلام كثير عن العرف موضح في كتب القواعد والأصول[(١)]. والذي يهمّنا هنا هو أن الضرورة أو ما في حكمها كالحاجة، قد تكون باعثاً على تكوين العرف، فكثير من الأعراف ينبني على أساس من المشقة تستوجب التيسير في الحكم الشرعي، وعندئذ يكون العرف سبباً من أسباب إباحة الفعل أو تغيير الحكم، لأن في عدم اعتبار العرف حرجاً عظيماً على الناس، قال ابن عابدين: «كثير من المسائل الفقهية ما يبنيه المجتهد على ما كان في عرف زمانه؛ بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولاً، ولهذا قالوا (أي العلماء) في شروط المجتهد: إنه لا بدَّ فيه من معرفة عادات الناس،فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً، للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد، لبقاء العالم على أتمِّ نظام وأحسن أحكام. ولهذا ترى مشايخ المذهب (أي الحنفي) خالفوا ما نصَّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه»[(٢)].

ومن أمثلة العرف للضرورة أو للحاجة ما يأتي:

١ - أجاز المالكية، والحنفية على الراجح عندهم بيع الثمار المتلاحقة الظهور، وهي التي يظهر بعضها أولاً، ثم يظهر البعض الآخر تدريجاً كالبطيخ، والباذنجان، والعنب، والتين، والموز، والقثاء، ونحو ذلك، للتعامل به عرفاً للضرورة، مع أن بعض المبيع بيع لمعدوم، ومن المعلوم أن بيع المعدوم باطل؛ لما روى ابن عباس أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ أن تباع ثمرة حتى تُطعِم[(٣)]، ولا يباع صوف على ظهر، ولا لبن في ضرع»[(٤)].

---

(١) راجع مثلاً رسائل ابن عابدين ٢/ ١١٥، الفروق للقرافي ٣/ ٢٨٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٠ - ٨٨، أعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ٨٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ١٢٧، شرح التحرير ٢/ ١١٤.

(٢) رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢٥.

(٣) تطعم - بكسر العين - أي يبدو صلاحها.

(٤) حديث مرفوع مسند رواه الطبراني في معجمه، وأخرجه الدارقطني والبيهقي في سننيهما.

٢ - أباح الشرع أو الفقه زمرة من العقود كعقود الاستصناع، والإجارة، والسلَم، والمعاطاة، ودخول الحمام من غير تقدير الأجر ومدة المكث ومقدار الماء المستعمل، والإجارة بالطعام والكسوة أو ببعض ما يعمل فيه العامل، وبيع الوفاء؛ لحاجة الناس أو لاضطرارهم إلى ذلك النوع من التعامل، مع أن الاستصناع والسلَم والإيجار عقود على أمر معدوم، فكان العرف فيها مخصصاً للنص العام المانع من جوازها، ومن المقرر عند الحنفية والمالكية: أن العرف العام يترك به القياس ويخصص به الدليل الشرعي.

وكذلك بيع المعاطاة فيه مخالفة للنص المتطلب للإيجاب والقبول الدّالين على الرضا صراحة، وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٤/٢٩]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «إنما البيع عن تراض»[1]. وكذلك عقد الدخول إلى الحمام أو النزول في الفنادق أو الجلوس في المقاهي أو نحوها يشتمل على جهالة، ومع هذا أجيز للحاجة الماسة إليه.

وأجاز الحنابلة والمالكية خلافاً للحنفية والشافعية استئجار الأجير بطعامه وكسوته بالرغم من جهالة الأجرة، لتعارف الناس ذلك وحاجتهم المستمرة إليه، كما في حالة استخدام الخدم والرعاة والمزارعين والظئر (المرضع) بالطعام والكسوة، وروي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى ﷺ أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم، ودليل الجواز المتفق عليه بين المذاهب في الظئر قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ إلى أن قال سبحانه: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَـٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢/٢٣٣]، ففي مطلع الآية أوجب الله للمرضعات النفقة والكسوة على الرّضاع دون تحديد مقدار معين، وفي نهاية الآية نفى الله سبحانه الجناح في الاسترضاع مطلقاً، وجهالة الأجرة في تلك الحالة لا تفضي إلى المنازعة، لأن العادة جرت بالمسامحة مع المرضعات والتوسعة عليهن شفقةً على الأولاد، وللضرورة إلى حفظ الولد والحاجة إلى إبقائه.

---

(١) هذا جزء من حديث طويل رواه البيهقي وابن ماجه وصححه ابن حبان عن أبي سعيد الخدري.

واستدل الحنابلة والمالكية على تعميمِ المبدأ السابق بقوله ﷺ: «إن موسى أجَر نفسه ثمان سنين أو عشر سنين على عفة فرجه وطعام بطنه»[١]. وروى أبو هريرة أنه قال: «كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني، وعقبة رجلي، أحطِب لهم إذا نزلوا، وأحدو بهم إذا ركبوا»[٢]، وبما أن مقادير الطعام والكسوة متعارف عليها، فقام العرف مقام تعيين الأجرة، وأما «نهي الرسول ﷺ عن قفيز الطحان»[٣]، وهو أن يعطَى الطحانُ أقفزة معلومة من الحب يطحنها بقفيز دقيق منها، فهو لم يثبت صحته عندهم[٤]، ولذا فإنهم أباحوا استئجار الأجير ببعض ما يعمل فيه فيما تعارفه الناس كإعطاء بعض الحب لدارسه أو حامله أو حاصده.

وبيع الوفاء - كما ذكرت سابقاً - فيه تحايل على الرِّبا، ومشتمل على شرط نافع للمشتري لا يقتضيه العقد، وهو فسخ البيع عند ردِّ الثمن، إلا أن الحنفية أجازوه للضرورة أو للحاجة.

ومثل ذلك تعارف الناس كثيراً من العادات التجارية والخطط السياسية والأنظمة الاقتصادية والإنمائية والاجتماعية التي تتطلبها حاجاتهم، وتستدعيها مصالحهم، فهي جائزة ما لم تصادم نصّاً تشريعيّاً آمراً بنقيض المتعارف عليه أو ناهياً عنه أو ممنوعاً بنص خاص وارد فيه.

٣ - يجوز شراء بعض الحاجيات الشخصية أو المنزلية كالساعة والمذياع والغسَّالة والثلاّجة مع ضمانة عدم العطب، أو التكفل بإصلاحها مدة معينة، لتعارف الناس واحتياجهم إلى ذلك. فهذا عرف خاص يعارضه نص حديث نبوي

---

(١) رواه أحمد وابن ماجه.

(٢) راجع المغني ٥/ ٤٥٠.

(٣) رواه الدارقطني والبيهقي عن أبي سعيد الخدري، وفي إسناده مسلمة بن علي الحسني، وهو متروك (راجع نيل الأوطار ٥/ ٢٩٢، التلخيص الحبير ٣/ ٦٠).

(٤) راجع المغني لابن قدامة ٥/ ٤٤٩ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٦، ١٣، القوانين الفقهية ٢٧٤، مغني المحتاج ٣٣٥، البدائع ٤/ ١٩٢وما بعدها، تبيين الحقائق ٥/ ١٢٧، تكملة فتح القدير ٧/ ١٨٥، المبسوط للسرخسي ١٥/ ١١٩، نيل الأوطار ٥/ ٢٩٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ١٣٥.

وهو أن النَّبي ﷺ قد «نهى عن بيع وشرط»[١]. والحقيقة أن هذا العرف ليس بقاضٍ على الحديث، بل على القياس، كما قال ابن عابدين، لأن الحديث معلَّل بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به، وهو قطع المنازعة، والعرف مانع للنزاع، فكان موافقاً لمعنى الحديث، ولم يبق من الموانع إلا القياس أي القاعدة العامة، والعرف قاض عليه.

وهناك شروط أخرى هي في الأصل عند الحنفية شروط مفسدة لعقد البيع ونحوه من المعاوضات المالية، إلا أنها نظراً لتعارفها بين الناس وحاجتهم الماسة إليها، لم تعد من أسباب الفساد عامة، كأن اشترى إنسان حنطة على أن يطحنها البائع دقيقاً، أو قماشاً على أن يخيطه البائع قميصاً، أو يشتري رجل حنطة على أن يتركها في دار البائع شهراً، أو يبيع شخص داراً على أن يسكنها البائع شهراً، ثم يسلّمها إليه، أو أرضاً على أن يزرعها سنة مثلاً، فهي كلها صحيحة بالرغم من وجود زيادة منفعة مشروطة لأحد المتعاقدين، مما يخل بمبدأ تعادل طرفي العقد، ويؤيده أن النَّبي ﷺ «اشترى من جابر بن عبد الله جملاً، واستثنى - جابر - حملانه عليه إلى أهله»[٢].

٤ - أجاز العلماء بالاتفاق الاستئجار على تعليم اللغة والأدب والحساب والخط والفقه والحديث ونحوها، وبناء المساجد والقناطر والثغور والرباطات، لتعارف الناس وللحاجة أو الضرورة الداعية لذلك، وإلا تعطلت المصالح العامة.

وقال الإمامان مالك والشافعي: تجوز الإجارة على تعليم القرآن، لأنه استئجار لعمل معلوم بعوض معلوم، ولأن رسول الله ﷺ «زوّج رجلاً بما معه من

---

(١) رواه الطبراني في معجمه الأوسط عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (راجع نصب الراية ٤/ ١٧).

(٢) متفق عليه بين الشيخين وأحمد. والمراد بحملانه الحمل عليه، قال الشوكاني في (نيل الأوطار ٥/ ١٧٩): إن حديث النهي عن بيع وشرط مع ما فيه من المقال هو أعم من حديث جابر مطلقاً، فيبنى العام على الخاص، وأما حديث النهي عن الاستثناء في البيع فهو مقيد بقوله: «إلا أن يعلم».

القرآن»[١]، فجاز جعل القرآن عوضاً، وقال رسول الله ﷺ: «إن أحقَّ ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله»[٢]، وقد ثبت «أن أبا سعيد الخدري رقى رجلاً بفاتحة الكتاب على جُعْل، فبرئ، وأخذ أصحابه الجعل، فأتوا به رسول الله ﷺ، فأخبروه، وسألوه، فقال: لعمري من أُكل برقيةِ باطل (أي كلام باطل)، فقد أكلتَ برقيةِ حقّ، كلوا واضربوا لي معكم بسهم»[٣].

ثم أفتى المتأخرون من الفقهاء الآخرين كالحنفية وبعض الحنابلة بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن وقراءته، والإمامة والأذان وسائر الطاعات من صلاة وصوم وحج، قياساً على الأفعال غير الواجبة، ولأن النَّبي ﷺ أقرَّ حج صحابي عن غيره[٤]، ونظراً لانقطاع عطايا المعلمين وأرباب الشعائر الدينية من بيت المال، فلو اشتغل هؤلاء بالاكتساب من زراعة أو تجارة أو صناعة، لزم ضياع القرآن وإهمال تلك الشعائر[٥].

قال بعض الحنابلة: ما يؤخذ من بيت المال فليس **عوضاً وأجرة**، بل رزق للإعانة على الطاعة، فمن عمل منهم لله أُثيب[٦].

هذا مع العلم بأن فتوى هؤلاء المتأخرين مخالفة لما هو مقرر في أصل المذهب الحنفي الذي يشترط لصحة الإجارة ألا يكون العمل المأجور له فرضاً ولا واجباً على الأجير قبل الإجارة، فهذه الطاعات عبادات لله، والعبادة لا تؤخذ أجرة عليها، وقد روي أن عثمان بن أبي العاص قال: «إن آخر ما عهد إليَّ النَّبي ﷺ أن أتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً»[٧].

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأحمد ولفظه «قد زوجتكها بما معك من القرآن» (نيل الأوطار ٦/ ١٧٠).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الطّب عن ابن عباس (نصب الراية ٤/ ١٣٩).

(٣) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة إلا النَّسائي عن أبي سعيد الخدري.

(٤) راجع سبل السلام ٢/ ١٨١، ١٨٤ في قصة المرأة الخثعمية والجهنية والحاج عن شُبرمة.

(٥) رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢٥.

(٦) غاية المنتهى ١/ ٢٠٥.

(٧) أخرجه أصحاب السُّنن الأربعة بطرق مختلفة، قال الترمذي: حديث حسن (راجع نصب الراية ٤/ ١٣٩).

وأجاز الشافعية الإجارة لتجهيز ميت ودفنه، والتجهيز يشمل الغسل والتكفين، لأنه من فروض الكفايات، ولا يضر طروء تعين ذلك كالمضطر، فإنه يتعين إطعامه مع تغريمه البدل[١].

٥ - أجاز الإمام أحمد بن حنبل بيع العَربون، لتعارفه بين الناس وحاجتهم إليه، ويؤيده ما روي عن نافع بن عبد الحارث: «أنه اشترى لعمر ﷺ دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم، فإن رضي عمر، كان البيع نافذاً، وإن لم يرض فلصفوان أربع مئة درهم»، وضعَّف أحمد حديث «نهى النَّبي ﷺ عن بيع العربان»[٢]، هذا إلى أنه قد أصبحت طريقة البيع بالعربون في عصرنا الحاضر أساساً للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار[٣].

٦ - يجوز عند جماعة من العلماء البيع بثمن يترك تقديره إلى العادة والعرف وهو البيع الشائع بين الناس في شراء السلع المعروفة السعر بثمن مؤجل. فقد يحدث كثيراً أن يعتاد الشخص التعامل مع تاجر خاص على الحساب الشهري، فيأخذ منه ما يحتاجه من بضائع تعلم للناس أثمانها عرفاً، ثم لا يدفع ثمنها إلا بعد مدة، وهذا حال كثير من الموظفين الذين يتعاملون مع باعة اللحوم والبقول والخرداوات ونحوها، على أن يدفع الحساب في آخر الشهر، فهو بيع لا ينص المتعاقدان فيه على مقدار الثمن، اتِّكالاً على تقديره والعلم به في العادة، ومع هذا فإنه لا بأس به، لأن المعلوم من طريق العادة كالمعلوم من طريق الشرط، والشارع لم يشترط في تحصيل العلم بالثمن طريقاً معينة، فكيفما حصل، كان كافياً في صحة التعاقد[٤].

---

(١) راجع الشرح الكبير للدردير ٤/١٦، بداية المجتهد ١/٢٢١، مغني المحتاج ٢/٣٤٤، المهذب ١/٣٩٨.

(٢) حديث منقطع رواه أحمد والنَّسائي وأبو داوود، ومالك في الموطأ، وفيه راوٍ لم يسمَّ، وسمي في رواية، فإذا هو ضعيف (راجع نيل الأوطار ٥/١٥٣، سبل السلام ٣/١٧).

(٣) المغني ٤/٢٣٢، مصادر الحق للسنهوري ٢/٩٦ وما بعدها، المدخل الفقهي للزرقاء: ف ٢٣٤.

(٤) أعلام الموقعين ٤/٥ وما بعدها، أصول البيوع الممنوعة للأستاذ الشيخ عبد السميع إمام ٧٦.

والمساهمة بالنصيب (بيع اليانصيب) المتعارفة الآن غير جائزة شرعاً، سواء أكانت لعمل خيري أم وطني أم إنساني أم لغير ذلك، لأنها من أنواع القمار التي حرمها الإسلام تحريماً قطعياً مهما كان الباعث عليها.

٧ - يجوز البيع بالتقسيط أو بثمن مؤجل عند الشافعية والحنفية وزيد بن علي والمؤيد بالله وجمهور العلماء، لتعارفه بين الناس واضطرارهم، أو حاجتهم إليه حسب ظروف الإنسان المادية، ولعموم الأدلة الدالة على جواز البيع مطلقاً. قال الشوكاني: وهو الظاهر. وقد ألَّف رسالة في ذلك سمّاها (شفاء العليل في حكم زيادة الثمن لمجرد الأجل).

وخالف في هذا بعض العلماء وهم: زين العابدين علي بن الحسين والناصر والمنصور بالله والهادوية والإمام يحيى من الزيدية، فقالوا: يحرم بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النَّساء، أي بسبب وجود الرِّبا أو شبهة الرِّبا فيه، واستدلوا بحديث لفظه «من باع بيعتين في بيعة، فله أوكسهما أو الرِّبا»[١].

ومعنى الحديث: أن يقول البائع لآخر: «بعتك هذا المتاع بألف نقداً، أو بألفين إلى سنة، فخذ أيهما شئت أنت، وشئت أنا»، والمسألة هذه مفروضة في أن المشتري قبل قبولاً مبهماً، لم يعين فيه على أي نحو اتجه قبوله: هل إلى البيع نقداً أم إلى البيع مؤجلاً؟ أما لو قال: قبلت بألف نقداً، أو بألفين نسيئة، صحَّ ذلك. والحقيقة أن في هذا الحديث طعناً في إسناده، والمشهور عن أبي هريرة هو اللفظ الذي رواه غيره، وهو «النهي عن بيعتين، في بيعة»، ولا حجة فيه على المطلوب الذي تمسك به الفريق الثاني: أي حرمة بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النَّساء[٢].

٨ - أجاز الإمام أحمد خلافاً للأئمة الثلاثة الآخرين البيع بما سيستقر أو ينقطع

---

(١) رواه أحمد والنَّسائي والترمذي وصححه عن أبي هريرة، والواقع أن في إسناده محمد بن عمرو بن علقمة، وقد تكلم في الطعن به غير واحد.

(٢) راجع نيل الأوطار ٥/ ١٥١ - ١٥٣، البدائع ٥/ ١٥٨، ردّ المحتار على الدّر المختار لابن عابدين ٤/ ٣٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ١٢٨.

عليه السعر في المستقبل بتاريخ معين من غير تقدير الثمن أو تحديده وقت العقد، لتعارف الناس وتعاملهم به في كلّ زمان ومكان، وقد نصَّ عليه الإمام أحمد، واختاره ابن تيمية الذي قال فيه: هو أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول: لي أسوة بالناس آخذ بما يأخذ به غيري، وغاية البيع بالسعر أن يكون بيعه بثمن المثل، فيجوز، كما يجوز المعاوضة بثمن المثل في هذه الصورة وغيرها، ولا تقوم مصالح الناس إلا به.

ولم يجز جمهور العلماء ذلك لما فيه من جهالة الثمن عند التعاقد.

وقد أقرَّت المادة (٦٤) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية للدولة العثمانية هذا النوع من البيوع، كما أنها اعتبرت بيع المعدوم صحيحاً بشرط ألا يكون وجوده مستحيلاً، وأيَّد القانون المدني السوري والمصري[١] مضمون هذه المادة، فأجاز أن تباع السلع بأثمان يحددها السوق في المستقبل، وأكثر ما يكون ذلك في تجارة الأقطان، إذ يتفق المتعاقدان على يوم معين يكون سعره قاضياً عليهما بما يظهر فيه من الثمن. وهذه الطريقة هي المسماة ببيع (الكنتراتو)، ويوم السعر الملزم فيه يسمى (يوم القطع)[٢].

والمراد بسعر السوق في القانون سعر المبيع وقت العقد، أو سعره في وقت مستقبل، وأما الذي أجازه فقهاء الحنابلة فالمراد به سعر السوق وقت البيع فقط، ولا يشمل البيع بسعر السوق في المستقبل، فإن هذه الحالة لا تجيزها قواعد الفقه الإسلامي[٣].

٩ - أجاز الحنابلة كلّ عقد أو شرط في عقد لم يخالف مقتضى العقد أو حكم الله ورسوله، مثل اشتراط المشتري صفة معينة في المبيع، أو اشتراط البائع استخدام السيارة التي باعها مثلاً مدة شهر أو أكثر، أو توصيل البائع الشيء المبيع

(١) المادة (٩٦) من المدني السوري، المادة (٩٥) من المدني المصري.
(٢) أعلام الموقعين ٤/ ٥ - ٦، أصول البيوع الممنوعة للأستاذ الشيخ عبد السميع إمام ٧٦، المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى الزرقاء: ف ٢٣٢، ٣٩٢.
(٣) انظر رسالة الزميل الدكتور الصدّيق محمد الأمين الضرير وعنوانها (الغرر وأثره في العقود) ٢٧١.

لدار المشتري، أو تعليق التعاقد بأمر، مثل إن جاء والدي من السفر فقد بعتك المتاع الفلاني، وذلك للتعامل الجاري بين الناس على هذا النحو وحاجتهم إليه[١]، ولقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»[٢].

هذا، ومن الطبيعي أن يتبدل الحكم الشرعي بتبدل العرف، لأن القصد من الشريعة تحقيق المصالح، فإذا تبدل وجه المصلحة في عرف الناس، تبدل الحكم، لذا قال العلماء: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان».

الحالة الثالثة عشرة - سدُّ الذَّرائع وفتحُها

الذّرائع سدّاً وفتحاً ضرورة تشريعية في الإسلام؛ لتحقيق المصالح والمنافع أو لدفع المضار والمساوئ، فكل ما يكون طريقاً إلى الحرام فهو حرام، وكذلك كلّ ما يكون طريقاً إلى المباح أو الواجب فهو مباح أو واجب، ومن هنا قال الفقهاء والأصوليون: إن مقدمة الواجب واجبة أو ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

وعليه، فإن اعتبار قاعدة (الذرائع) من أصول التشريع أمر لا بدَّ منه؛ لأنها قائمة على أساس الضرورة، والضرورة كما عرفنا قد تكون سبباً لإباحة الفعل؛ كذلك الذريعة قد تبيح الحرام رعاية للمصلحة، ودفعاً للمفسدة، وقد تضيف معنى جديداً إلى الضرورة، فتحرم وسائل الحرام من باب الاحتياط والورع في الدين، وهو من قبيل ما يسمى اليوم: الاحتيال على القانون.

والذريعة في اللغة: هي التي يتوصل بها إلى الشيء. وعند علماء أصول الفقه: هي ما يتوصل به إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة[٣]. وبما أن هذا التعريف قاصر على الذرائع المحرمة، فأفضِّل عليه تعريفاً آخر ذكره ابن قيم الجوزية وهو أن الذريعة: هي ما كان وسيلةً وطريقاً إلى الشيء[٤]، فإن كانت الوسيلة مؤدية إلى

(١) أعلام الموقعين ٣/ ٤٠٢، المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى الزرقا: ف ٢٣٣، الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى ٤٢٧.
(٢) رواه الترمذي وصححه.
(٣) الموافقات للشاطبي ٤/ ١٩٨ وما بعدها.
(٤) أعلام الموقعين ٢/ ١٤٧.

مصلحة فهي مطلوبة؛ وإن كانت مؤدية إلى مفسدة فهي ممنوعة. قال القرافي: «الذريعة كما يجب سدّها يجب فتحها، وتكره، وتندب، وتباح، فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج»[١].

والقائلون بهذا المبدأ أخذوا به في ثلاثة أمور:

الأول - مواطن الاشتباه.

والثاني - الابتعاد عن كلّ ما يؤدي إلى الحرام كبيع السلاح في الفتنة، وهذان الأمران داخلان تحت مفهوم (سدّ الذرائع).

والثالث - فتح الذرائع التي تؤدي حتماً إلى المقصود كالسعي للصلاة، والسعي للرزق للإنفاق على الأهل.

وهناك فرق بين الذريعة والمقدمة: وهو أن مقدمة الشيء: هي الأمر الذي يتوقف عليه وجود ذلك الشيء، فالملحوظ فيها هو توقف حصول المقصود عليها. أما الذريعة فالملحوظ فيها: هو معنى التوصيل والإفضاء إلى المقصود بالحكم. فقوله تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ﴾ [النور: ٢٤/ ٣١]، هو من باب الذريعة، وليس من قبيل المقدمة، إذ إن مفسدة افتتان الرجل بالمرأة لا يتوقف حصولها على ضرب المرأة برجلها ذات الخلاخيل، لكن هذا ذريعة إلى تلك المفسدة، لأن من شأنه أن يجر إليها[٢].

وقد بنى الشاطبي قاعدة الذرائع على أساس النظر إلى مآلات الأفعال، لأن النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً[٣]. ومنه يتبين أن أساس الحكم قضاء لا ديانة على الذرائع: هو النظر إلى نتيجة الفعل، فإن كانت النتيجة مصلحة، كانت الوسيلة مطلوبة شرعاً، وإن كانت النتيجة مفسدة أو ضرراً كانت الذريعة ممنوعة شرعاً، لأن المصلحة مطلوبة، فما يؤدي إليها مطلوب، والفساد ممنوع، فما يؤدي إليه ممنوع، حتى ولو كان القصد حسناً والنِّية صالحة.

---

(١) الفروق ٢/ ٣٣.

(٢) السياسة الشرعية للدكتور الشيخ عبد الرحمن تاج ٦٩.

(٣) الموافقات ٢/ ٣٢٣ وما بعدها، ٤/ ١٩٤.

وعلى هذا يجب على الأمة تعلم الصناعات المختلفة، لأنها ذرائع للمصالح العامة التي يقوم عليها شأن العمران.

وقد جعل الإمامان مالك وأحمد مبدأ الذرائع أصلاً من أصول الفقه، وأخذ به الشافعي وأبو حنيفة في بعض الحالات، وأنكر العمل به في حالات أخرى، وكذلك أخذ به الشيعة[١].

واستدلَّ العلماء على حجِّية الذرائع بأدلة من القرآن والسُّنة: منها قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا وَقُولُواْ ٱنظُرْنَا وَٱسْمَعُواْۗ﴾ [البقرة: ٢/ ١٠٤][٢]، فقد نهى الله سبحانه المؤمنين أن يقولوا للنَّبي ﷺ: (راعِنا)، حتى وإن قصدوا بها أصل معناها اللغوي في لغة العرب، وهو طلب الانتباه وإصغاء السمع ليعي قولهم ويفهم عنهم، لأن اليهود يعدّون هذه الكلمة كلمة سبّ عندهم، حتى لا يكون خطاب الصحابة بها للرسول ﷺ ذريعة لليهود إلى سبِّ النَّبي ﷺ.

ومنها قوله سبحانه: ﴿وَسْـَٔلْهُمْ عَنِ ٱلْقَرْيَةِ ٱلَّتِى كَانَتْ حَاضِرَةَ ٱلْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِى ٱلسَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَّعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْۚ كَذَٰلِكَ نَبْلُوهُم بِمَا كَانُواْ يَفْسُقُونَ ﴿١٦٣﴾﴾ [الأعراف: ٧/ ١٦٣].

وقوله عزَّ وجلَّ: ﴿وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍۗ﴾ [الأنعام: ٦/ ١٠٨].

ومن السُّنة قوله ﷺ: «إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه، قيل: يا رسول الله، كيف يلعن الرجل والديه؟ قال: يسبُّ أبا الرجل فيسبُّ أباه، ويسبُّ أمه فيسبُّ أمّه»[٣].

وأفاض ابن قيم في ذكر أدلة هذا المبدأ، حتى إنه أورد تسعة وتسعين وجهاً للدلالة على سدِّ الذرائع والمنع منها[٤].

---

(١) الفروق، المكان السابق، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ١٣٨، أعلام الموقعين، المكان السابق، الأصول العامة للفقه المقارن للأستاذ الشيخ محمد تقي الحكيم ٤١٤.

(٢) استعمل اليهود هذه الكلمة بقصد سبِّ النَّبي ﷺ مريدين بها (اسم فاعل من الرعونة).

(٣) أخرجه الشيخان عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٤) راجع أعلام الموقعين ٣/ ١٤٩ - ٢١٧.

وللذرائع أقسام، **فالشاطبي** قسم الذرائع إلى أربعة أقسام باعتبار مآلها، وما يترتب عليها من ضرر، أو مفسدة، كثرةً، أو أغلبية أو ندرة[١]، **وابن قيم** قسَمها إلى أربعة أقسام بالنسبة إلى نتائجها، وتقسيمه إجمالاً هو ما يأتي:

١ - ما وضع من الذرائع للإفضاء إلى مفسدة قطعاً لا محالة، مثل شرب المسكر المفضي إلى ضرر: وهو إضاعة العقل وإضرار جهاز الهضم، وكالزِّنا المؤدي إلى اختلاط الأنساب، وإفساد الحياة الزوجية، وهذا النوع لا جدال في منعه وتحريمه.

٢ - ما وضع للإفضاء إلى مباح، ولكن قصد به التوصل إلى مفسدة؛ مثل عقد الزواج المقصود به تحليل الزوجة لمطلقها الذي بانت منه بينونة كبرى، وكعقد البيع الذي قصد به التوصُّل إلى الرِّبا، وهو بيع العِينة كأن يبيع رجل سلعة بثمن مرتفع إلى أجل معلوم، ثم يشتريها من المشتري على الفور بثمن آخر إلى أجل آخر، أو نقداً حالاً بثمن أقل من الثمن الذي باع به السلعة أول الأمر.

وهذا النوع هو محل الاختلاف بين العلماء، إلا أنه في الحقيقة اختلاف ظاهري؛ إذ إن جمهور العلماء يبطلون هذه البيوع لما فيها من قصد الحرام، والإمام الشافعي يجعلها صحيحة في الظاهر، ولكنها محرمة بحسب القصد الآثم والباعث غير المشروع.

٣ - ما وضع لمباح لم يقصد به التوصل إلى مفسدة، ولكنه يفضي إليها غالباً، والمفسدة أرجح مما قد يترتب على الفعل من مصلحة، مثل سبّ آلهة المشركين بين ظهرانيهم، وهذا النوع جاء النص القرآني بمنعه، فينبغي ألا يكون فيه اختلاف بين العلماء.

٤ - ما وضع لمباح ولكنه قد يفضي إلى مفسدة، ومصلحته أرجح من مفسدته، كالنظر إلى المخطوبة والمشهود عليها للتعرف. وهذا النوع أباحته الشريعة لما تتطلبه الحاجة أو الضرورة حسب الظروف.

والنوع الأخير الذي يجوز باتفاق العلماء هو الذي يتلاءم مع بحث الضرورة

---

(١) انظر الموافقات ٢/٣٥٨ - ٣٦١.

التي تبيح الفعل لمصالح ودفع أضرار معروفة. وكذلك تتوضح حالة الضرورة فيما ذكره العلماء من **أمثال على فتح الذرائع** وهي ما يأتي[(١)]:

أ - يجوز للمسلمين إعطاء مال لدولة محاربة لدفع أذاها وخطرها، إذا لم يكن لجماعة المسلمين قوة يستطيعون بها حماية البلاد. هذه الصورة الواقعية يكون دفع المال فيها معصية إلا أنه أجيز منعاً لضرر أكبر، أو جلباً لمصلحة أعظم، وهذا هو معنى الضرورة.

ب - يباح للمسلمين دفع مال للمحاربين الأعداء للتوصل إلى فداء الأسارى المسلمين، فإن دفع المال للمحاربين في الأصل محرم، لأنه يتقوى به، ويضرّ جماعة المسلمين، ولكنه أجيز لدفع ضرر أكبر وهو تخليص أسارى المسلمين من رقِّ الأسر، وتقوية الجماعة الإسلامية بهم.

جـ - يجوز دفع المال لشخص ظالم على سبيل الرشوة يأكله حراماً، ليتقي به المعطي معصية يريد إيقاعها به؛ أو ليصل به إلى حق ثابت له؛ وضرر المعصية أو عدم استيفاء الحق أشد من دفع المال إلى هذا الظالم، لكن بشرط أن يعجز المعطي عن اتِّقاء المعصية أو الوصول إلى الحق إلا بذلك.

وحينئذٍ يكون الإثم على الآخذ المرتشي، ولا إثم على الراشي ما دام لم يجد حيلة أخرى لدفع الظلم عنه، أو للتوصل إلى حقه، دون اعتداء على أحد.

وأجاز ذلك كثير من فقهاء المالكية والحنابلة محتجِّين بقصة الملحفين الذين كانوا يسألون النَّبي ﷺ من الصدقة فيعطيهم وهم لا يستحقون، وهذه القصة هي: أن النَّبي ﷺ قال: «إن أحدكم ليخرج بصدقته من عندي متأبطها (يعني تكون تحت إبطه) وإنما هي له نار! قال عمر: يا رسول الله، كيف تعطيه، وقد علمت أنها له نار؟ قال: فما أصنع؟ يأبون إلا مسألتي، ويأبى الله عزَّ وجلَّ لي البخل»[(٢)]. هذا

---

(١) راجع الفروق للقرافي ٢/ ٣٢ وما بعدها، الموافقات للشاطبي ٢/ ٣٥٢، ابن حنبل لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ٣٢١، أصول الفقه له ٢٨٠ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٩.

(٢) رواه أبو يعلى في الكبير ورجاله ثقات من حديث عمر ﷺ، وروى البزار وأحمد نحوه، ورجال أحمد رجال الصحيح (مجمع الزوائد ٣/ ٩٤، ٩٥).

دليل على أنه يجوز بذل المال مع اعتقاد الباذل عدم استحقاق المعطى له. ويؤيده ما ذكرت سابقاً أن الله سبحانه أباح أغلب المحرمات عند الضرورة.

د - أجاز بعض المالكية وبعض الحنابلة دفع المال لقطاع الطرق على الحجاج الذين يمنعونهم من الوصول إلى بيت الله الحرام إلا بدفع المال.

ومن أمثلة سد الذرائع ما يأتي[١]:

أ - تحريم النظر إلى النساء الأجنبيات أو الخلوة بهن أو السفر معهن؛ لأنه يؤدي إلى الزِّنا، وذريعة الشَّر.

ب - تحريم قضاء القاضي بعلمه في الحوادث؛ لأنه وسيلة للقضاء بالباطل من طريق قضاة السوء.

جـ - تضمين حملة الطعام لئلا تمتد أيديهم إليه.

د - حرم الإمامان مالك وأحمد بيع السلاح في الفتنة، وأبطلاه؛ لأنه إعانة على العدوان غالباً.

هـ - حرم الشرع خطبة المرأة المعتدة من زوج سابق كيلا تؤدي خطبتها إلى الإخلال بحقوق الزوجية السابقة.

الحالة الرابعة عشرة - الظُّفر بالحق

يرى العلماء أنه لا يعاقب عقوبة السرقة المقررة في الإسلام صاحب الحق الذي سرق من مدينه المماطل عين ماله أو من جنس ماله إذا كان الدين حالَّ الوفاء، أو سرق من الجاني قدر حقه المحكوم له به بسبب الجناية عليه، وقرّر بعضهم - وهم الشافعية - عدم تطبيق العقاب أيضاً في حالة سرقة شيء من غير جنس الحق، أو زائد على قدر الحق[٢].

---

(١) المراجع السابقة، السياسة الشرعية لابن تيمية ١٤١، المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى الزرقاء: ف ٢٧/ ٢.

(٢) راجع فتح القدير ٤/ ٢٣٦، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٢٥، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ١٠١، تهذيب الفروق ١/ ٢٠٧، مواهب الجليل ٧/ ٢٣٥، القوانين الفقهية =

فهل عدم تطبيق العقاب بسبب إباحة المال للضرورة أو لوجود شبهة في هتك الحرز؟

اتفق الفقهاء على أن من **وجد عين حقه عند آخر** مالاً أو عروضاً، وكان مماطلاً له في ردِّه أو جاحداً الدين، فإنه يباح له ديانة لا قضاء أن يأخذه منه للضرورة، وتيسيراً على الناس في استيفاء حقوقهم ولو دون علم المدين، قال عليه الصلاة والسلام: «من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به، ويتبع البيِّع (أي المشتري) من باعه»[(١)]. وفي لفظ: «إذا سُرق من الرجل متاع أو ضاع منه، فوجده بيد رجل بعينه، فهو أحق به، ويرجع المشتري على البائع بالثمن»[(٢)].

واختلفوا فيما إذا ظفر صاحب الحق بشيء **من جنس حقه** الذي يماطله فيه المدين أو الذي عنده الحق: **فقال الشافعية**: يجوز له الوصول إلى حقه بأي طريق، سواء أكان المأخوذ من جنس حقه، أو من غير جنسه، لقوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى: ٤٢/ ٤٠]، ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ﴾ [النحل: ١٦/ ١٢٦]، والمثلية ليست من كلّ وجه، وإنما في المال[(٣)].

وقال **الحنفية**: يباح لصاحب الحق أخذه إذا كان المأخوذ منه نقداً (ذهباً أو فضة) لا عروضاً (أي أمتعة)، أو كان من جنس حقِّه لا من غيره لظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ﴾ إلا أن ابن عابدين نقل أن الفتوى اليوم

= ٣٥٩، مغني المحتاج ٤/ ١٦٢، المهذب ٢/ ٢٨٢، المغني ٨/ ٢٥٤ وما بعدها، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ٣٥١، سبل السلام ٣/ ٦٨، ط البابي الحلبي.

(١) رواه أحمد وأبو داوود والنَّسائي عن سمرة.

(٢) رواه أحمد وابن ماجه (راجع الروايتين في نيل الأوطار ٥/ ٢٤٠) ط العثمانية المصرية.

(٣) وذكر البخاري في صحيحه عنواناً لحديثين يفهم منه إقرار مبدأ الظفر بالحق، وهو (باب قصاص المظلوم، إذا وجد مال ظالمه)، وقال ابن سيرين: يقاصه، وقرأ: ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ﴾. أما الحديثان فأولهما في إباحة مال الرجل للمرأة التي منعها حقها، فقال عليه الصلاة والسلام لهند زوجة أبي سفيان: «لا حرج عليك أن تطعميهم بالمعروف». وثانيهما في إباحة مال المضيف إذا منع قرى الضيف، فقال عليه الصلاة والسلام: «إن نزلتم بقوم فأُمرَ لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا، فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حقَّ الضيف» (صحيح البخاري ٣/ ٢٦٣ وما بعدها، ط المنيرية).

على جواز الأخذ ديانة لا قضاء عند القدرة من أي مال كان، سواء من جنس حقه أم من غير جنس حقه ولا سيما في بلادنا، لمماطلة المدينين بوفاء ديونهم ولفساد الذمم، وكذلك قالوا من له حق في بيت المال، وظفر بشيء من بيت المال، أخذه ديانة بطريق الظفر.

وقال **المالكية** على المشهور عندهم: إنه يباح له ذلك ديانة لا قضاء، استدلالاً بقصة هند زوجة أبي سفيان التي جاءت إلى الرسول ﷺ تشكو زوجها، فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بنيَّ، إلا ما أخذتُ من ماله بغير علمه، فهل عليَّ في ذلك من جناح؟ فقال: «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»[١]. لكن جواز ذلك عندهم بشرطين: الأول: أن لا يكون حقَّ عقوبة، وإلا فلا بدَّ من رفعه إلى الحاكم. والثاني: أن يأمن الفتنة بسبب أخذ حقه كقتال أو إراقة دم، وأن يأمن الرذيلة، أي أن ينسب إليها كالغصب ونحوه. هذا ما قرره الْخَرْشي في (مواهب الجليل في كتاب الشهادات). وقال القرافي: مشهور مذهب مالك: أنه لا يأخذ جنس حقه إذا ظفر به، وإن تعذر عليه أخذ حقه ممن هو عليه، إلا بقضاء قاض.

وقال **الحنابلة** في المشهور عندهم: إنه لا يباح له ذلك إلا بقضاء قاض منعاً من النزاع[٢]، لقوله ﷺ: «أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»[٣]، ففي ذلك نهي ظاهر على أنه لا يجازى بالإساءة من أساء، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ٢/١٨٨]. وقال ابن حزم: يجب على الدائن أن يأخذ بقدر حقه، سواء أكان من جنس حقه أم لا، فإنه إن لم يفعل ذلك فهو عاصٍ لله عزّ وجلّ، منعاً من الظلم وإنصافاً للمظلوم من الظالم[٤].

---

(١) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) إلا الترمذي (سبل السلام ٣/٢١٩، نيل الأوطار ٦/٣٢٣).

(٢) نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للأستاذ محمد سلام مدكور ٤٣٥، ردّ المحتار ٣/٢١٩ وما بعدها، ٢٦٥.

(٣) رواه الترمذي وأبو داوود وحسنه وصححه الحاكم من حديث أبي هريرة.

(٤) سبل السلام ٣/٦٨، ودليل هذا القول آيات قرآنية: ﴿وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِۦ فَأُو۟لَٰٓئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن =

والخلاصة: أن أخذ المال من المماطل يباح للضرورة، فلا يطبق عقاب السرقة على الآخذ، للإذن له به، وهذا رأي الشافعية والحنفية، والمالكية. بحسب رأي الخرشي، وأما من لم يبحه وهم الحنابلة، والمالكية برأي القرافي فلا يطبق في رأيه العقاب المذكور، بسبب اختلاف العلماء في الإباحة والتحريم، قال ابن قدامة الحنبلي: وتحريم الأخذ (أي عند القائلين به) لا يمنع وجود الشبهة الناشئة عن اختلاف الفقهاء، والحدود تُدْرأ بالشبهات.

هذا، ويلاحظ أن موضوع الظفر بالحق في أحكام المعاملات في الشريعة يعدّ من أهم الحالات التي يعرف فيها بين حكم القضاء وحكم الديانة.

وأما القانون الوضعي فإنه لا يجيز مثل هذا الفعل، بل لا بدَّ من حكم قضائي.

= سَبِيلٍ ﴿٤١﴾﴾ [الشورى: ٤٢/ ٤١]، ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ ﴿٣٩﴾﴾ [الشورى: ٤٢/ ٣٩]، ﴿وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤]، ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾. وقوله عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبي سفيان: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف». واستدل ابن حزم لكون الدائن إذا لم يفعل يكون عاصياً بقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾، وبقوله ﷺ: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده»، «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً»، ونصر الظالم بإخراجه عن الظلم، وذلك بأخذ ما في يده لغيره ظلماً.

المبحث السادس

قواعد الضرورة وتطبيقاتها في مختلف أحوال الإنسان

القاعدة في اللغة هي الأساس، قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَـٰعِيلُ﴾ [البقرة: ٢/ ١٢٧]، وهي في الاصطلاح: تطلق على الأصل والقانون والضابط، وتعرّف بأنها: أمر كلِّي ينطبق على جميع جزئياته، مثل قول النُّحاة: الفاعل مرفوع، وقول الأُصوليين: الأمر للوجوب والنَّهي للتحريم.

وفي اصطلاح الفقهاء: قال القاضي تاج الدين السبكي في قواعده: القاعدة؛ الأمر الكلِّي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة لتفهم أحكامها منه.

وقال ابن نجيم: القاعدة: حكم كلِّي ينطبق على معظم جزئياته لتعرَف أحكامها منه. وهي تحيط بفروع ومسائل عديدة من أبواب فقهية مختلفة كالبيع والهبة والإجارة والمضاربة، أما الضابطة: فهي التي تحيط بالفروع والمسائل من باب واحد كمسائل البيوع مثلاً، وتسمى القاعدة في اصطلاح القانونيين مبدأ. فالقاعدة لها صفة العموم ويقدر فيها: كلّ أو جميع، والضابط محصور في باب فقهي معين.

وردَّ الإمام أبو طاهر الدَّباس مذهب أبي حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة، وردَّ القاضي حسين جميع مذهب الشافعي إلى أربع قواعد، وزاد بعضهم عليها قاعدة خامسة، وهذه القواعد هي:

١ - «اليقين لا يزال بالشَّك». وأصل ذلك قوله ﷺ: «إن الشيطان ليأتي أحدَكم في صلاته، فيقول له: أحدثت، فلا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»[١].

٢ - «المشقة تجلب التيسير»، قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٢٢/٧٨]، وقال ﷺ: «بُعثتُ بالحنيفية السمحة»[٢].

٣ - «الضرر يزال» وأصلها قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٣].

٤ - «العادة محكّمة» لحديث موقوف على ابن مسعود: «ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن».

٥ - «الأمور بمقاصدها» لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنِّيات»[٤]. قال القاضي تاج الدين السبكي: ولكن الواقع خلاف هذا، فإن كثيراً من مسائل الفقه لا يمكن إرجاعه إلى هذه القواعد الخمس إلا بتعسف وتكلف، لذا فإن القواعد قد تربو على الخمسين أو المئتين.

والذي يلاحظ هو أن هذه القواعد الفقهية ليست بمثابة النظريات التي يكون لها حاكمية مطلقة على نظام موضوعي من أنظمة الفقه، وإنما هي مبادئ ينطوي تحتها زمرة من الأحكام الشرعية، أي إن هذه القواعد تتسم بصفة الأغلبية في التطبيق، ولا شمول لها، قال ابن نجيم: «إن القاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين، إذ هي عند الفقهاء حكم أكثري لا كلِّي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه»[٥]. وقال بعض فقهاء المالكية: «ومعلوم أن أكثر قواعد الفقه أغلبية»[٦]. وعلى هذا، فإن القواعد الشرعية ليست قانوناً مطرداً يشمل جميع

---

(١) رواه أحمد وأبو يعلى في مسنديهما عن أبي سعيد الخدري، وروى مسلم نحوه عن أبي هريرة.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده من حديث جابر بن عبد الله ومن حديث أبي أمامة، وفي مسند الفردوس من حديث عائشة.

(٣) حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً، ورواه مالك مرسلاً.

(٤) رواه البخاري ومسلم عن عمر رضي الله عنه.

(٥) الأشباه والنظائر ١/ ٢٢.

(٦) تهذيب الفروق بهامش الفروق للشيخ محمد علي ابن الشيخ حسين مفتي المالكية ١/ ٣٦.

الوقائع والحالات، لأن من خصائص القاعدة القانونية أن تكون قاعدة عامة مجردة مطردة تنطبق على كلّ الأشخاص والوقائع التي تتوافر فيها الشروط والأوصاف الواجب توفرها لتطبيق القاعدة القانونية.

ومن الأسباب التي تجعل قواعد الفقه أغلبية هي الضرورات، فقد قرّر العلماء أن «القواعد الفقهية يستثنى منها مواطن الضرورات»(١)، لذا فإني سأبحث قواعد الضرورة لما لها من أهمية خاصة، ولأنها تلقي ضوءاً كاشفاً على (نظرية الضرورة)، وتبين مجالات الاعتماد عليها، وذلك من خلال ما سأذكره من أمثلة كثيرة على كلّ قاعدة تتناول مختلف أحوال الإنسان في حياته.

وهذه القواعد أهمها ثمانية، أولها ما يأتي:

١ - المشقة تجلب التيسير (م ١٧ من المجلة):

إن مستند هذه القاعدة هو الآيات والأحاديث التي ذكرتها في بيان مبدأ الشريعة في التسامح والعدالة ورفع الحرج، منها قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ٢/ ١٨٥]، وقوله سبحانه: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٢٢/ ٧٨]. وقوله ﷺ: «أحبّ الدِّين إلى الله: الحنيفية السَّمحة»(٢)، وقوله عليه الصلاة والسلام: «إنما بعثتم ميسِّرين ولم تبعثوا معسِّرين»(٣)، «خير دينكم أيسره»(٤)، «إن الله شرع الدين فجعله سهلاً سمحاً، ولم يجعله ضيقاً»(٥).

ومعناها: أن الصعوبة تصير سبباً للتسهيل، ويلزم التسامح في وقت المضايقة(٦)،

---

(١) المرجع السابق ١/ ١٢

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده والطبراني والبزار وغيرهما عن ابن عباس قال: «قيل: يا رسول الله أي الأديان أحب إلى الله؟ قال: الحنيفية السمحة»، وأخرجه البزار من وجه آخر بلفظ: «أي الإسلام»، ورواه الطبراني من حديث أبي هريرة: «إن أحبّ الدِّين إلى الله الحنيفية السمحة».

(٣) رواه الشيخان وغيرهما من حديث أبي هريرة.

(٤) رواه أحمد من حديث الأعرابي بسند صحيح.

(٥) رواه الطبراني عن ابن عباس.

(٦) شرح مجلة الأحكام العدلية للشيخ طاهر الأتاسي ٤٨، وللمحامي سعيد المحاسني ٤٩.

وعلى هذا فالمقصود بالمشقة المقتضية للتخفيف في الأحكام: هي المشقة غير المعتادة؛ أما المشقة المعتادة: فلا تكون سبباً للتخفيف، فالمشقة إذن نوعان[١]:

أ - المشقة المعتادة أو المألوفة:

هي المشقة الطبيعية التي يستطيع الإنسان تحملها دون إلحاق الضرر به. فهذه المشقة لم يرفعها الشارع عنا، ولا تنفك عنها العبادة غالباً، والتكليف بالمطالب الشرعية مع وجودها فيها أمر واقع فعلاً؛ لأن كلّ عمل في الحياة لا يخلو من مشقة، بل إن معنى التكليف «وهو طلب ما فيه كلفة ومشقة» لا يتحقق إلا بها، غير أنها محتملة تتلاءم مع طاقة الإنسان العادية.

إن وسائل كسب المعيشة ونحوها من الأعمال العادية، والعبادات المفروضة في الإسلام من وضوء وصلاة وصوم وحج، والجهاد المطلوب للدفاع عن النفس وردِّ العدوان، وعقوبات الجرائم من قصاص وحدود وقتال للبغاة والظلمة، كلّ هذه الأمور تشتمل على كلّ نوع من المشقة والألم، إلا أنه محتمل، فلا يكون له أثر في التخفيف وإسقاط التكاليف الشرعية حفاظاً على المصالح المترتبة عليها. قال ابن عبد السلام: هذه المشاق كلها لا أثر لها في إسقاط العبادات والطاعات ولا في تخفيفها، لأنها لو أثرت لفاتت مصالح العبادات والطاعات في جميع الأوقات أو في غالب الأوقات، ولفات ما رتِّب عليها من المثوبات الباقيات ما دامت الأرض والسماوات[٢]. قال ابن القيم[٣]: «إن كانت المشقة مشقة تعب، فمصالح الدنيا والآخرة منوطة بالتعب، ولا راحة لمن لا تعب له، بل على قدر التعب تكون الراحة».

ومما ينبغي لفت النظر إليه أن هذه المشاق والمتاعب، وإن كانت سبباً للثواب والأجر، كما دلَّ عليه قوله ﷺ: «ما يصيب المسلم من نَصَبٍ ولا وَصَبٍ ولا همٍّ

---

(١) الموافقات للشاطبي ٢/١٢٨، ١٥٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٣، ولابن نجيم ١/١١٥، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ١/٣١، ٢/٧، الفروق ١/١١٨.

(٢) قواعد الأحكام ٢/٧.

(٣) أعلام الموقعين ٢/١١٢.

ولا حزنٍ ولا أذى ولا غمٍّ، حتى الشوكة يشاكها، إلا كفَّر الله بها من خطاياه»[١].
والثواب يتفاوت على الوسائل كما يتفاوت على المقاصد إلا أنها ليست هي المقصودة أصلاً للشارع من الأفعال التي كلفنا بها، وإنما المقصود هو المصالح المترتبة عليها.

فليس القصد من الصلاة مثلاً إتعاب الجسم وحصر الفكر، إنما الغرض تهذيب النفس وخشوعها لله تعالى، وكونها سبيلاً للامتناع عن الفحشاء والمنكر.

وليس المقصود بالصوم إيلام النفس بالجوع والعطش وحرمانها من طيبات الرزق، وإنما الهدف هو صفاء الروح وسموها، وتنمية عاطفة الرحمة والإنسانية فيها. وما الشارع في هذا وغيره إلا كالطبيب يعطي المريض أحياناً الدواء المرّ لا يقصد إيلامه، ولكنه يقصد أن يزيل علّته، وهذا واضح في سائر التكاليف الشرعية.

وإذا لم تكن المشقة مقصودة أصلاً، وإنما المصالح هي المقصودة، فلا ينبغي أن نقصد في أعمالنا المشقات ونستزيد منها، ظانين أن وراء ذلك الأجر العظيم، وأن الثواب على قدر المشقة، فإنه قصد يخالف قصد الشارع، فهو مردود على صاحبه ولا يؤجر عليه، لأن كلّ قصد يخالف قصد الشارع باطل، فالقصد إلى ذات المشقة باطل، بل فيه الإثم إن ارتفع النهي عنه إلى درجة التحريم.

فمن ترك طريقاً معبَّداً إلى المسجد، وسلك طريقاً آخر فيه عقبات يبغي بذلك زيادة الأجر، فقد أخطأ القصد، ولا ثواب له، وفي هذا المعنى ورد بعض الآثار: «فضل الدار القريبة من المسجد على الدار الشاسعة كفضل الغازي على القاعد»[٢].

وأما ما ورد من الأحاديث الدّالة على أن الثواب بقدر المشقة في السير مثل «إن لكم بكل خطوة درجة»[٣]، «أما تحتسبون خطاكم»[٤]، فلا دليل فيه على قصد نفس

---

(١) رواه البخاري ومسلم والترمذي. والنصب: التعب، والوصب: المرض، والحزن: الصعب.
(٢) رواه أحمد في مسنده عن حذيفة، قال السيوطي: حديث صحيح حسن.
(٣) رواه البخاري في صحيحه عن جابر.
(٤) رواه البخاري بلفظ: «يا بني سلمة ألا تحتسبون آثاركم».

المشقة، وإنما القصد منه تعمير المساجد بالمحافظة على أداء الجماعة، والترغيب بالتجمع، والحثّ على القيام بالتكاليف الدينية والمبادرة إلى فعلها، أو أن القصد أمور أخرى كفضيلة المحل المنتقل إليه أو عنه، أو للصبر على المشقة ليعظم الأجر كما في الجهاد بالنسبة لمن يشق عليه. ثم إن الأحاديث السابقة التي تنهى عن التَّشدد في الدين مثل «هلك المتنطِّعون»(١) وغيره تعارض الأحاديث التي يدلُّ ظاهرها على اعتبار المشقة، فإذا لم يكن قصد الشارع التشديد على النفس، كان قصد الإنسان إليه مضاداً لما قصد الشارع من التخفيف المعلوم من الدين علماً قطعياً لا شك فيه.

ب - المشقة غير المعتادة:

هي المشقة الزائدة التي لا يتحملها الإنسان عادة، وتفسد على النفوس تصرفاتها، وتخلُّ بنظام حياتها، وتعطل عن القيام بالأعمال النافعة غالباً، وهذه لا مانع من التكليف بها عقلاً، ولكن لم يقع شرعاً، لأن الله تعالى لم يقصد إلى التكليف بالشاق، والإعنات (الإحراج) فيه، كالوصال في الصيام، والمواظبة على قيام الليل.

والأدلة على ذلك هي الآيات القرآنية والأحاديث النَّبوية التي ذكرتها سابقاً في إثبات مبدأ اليسر والسماحة في الإسلام.

وهذه المشقة إذا كانت في نفس العمل، فقد رفعها الله عنا بتشريع الرُّخص المعروفة ورغب في الأخذ بها، كما يدلُّ عليه قوله ﷺ: «إن الله يحب أن تؤتى رُخصه، كما يحب أن تؤتى عزائمه»(٢).

ويلاحظ أن المشقة المؤثرة في التخفيف هي التي يكون وقوعها عامّاً متكرراً، أما لو كان وقوعها نادراً فلا تراعى المشقة فيه، ولهذا تتوضأ المستحاضة لكل

---

(١) رواه مسلم والطبراني وغيرهما.

(٢) رواه أحمد في مسنده والبيهقي في سننه عن ابن عمر، ورواه الطبري عن ابن عباس وعن ابن مسعود، وهو كما أشار السيوطي: حديث ضعيف، والأصح أنه موقوف على ابن مسعود، كما قال ابن طاهر (فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوي ٢/ ٢٩٢ وما بعدها).

فريضة؛ والمصلي في صلاة شدّة الخوف كما في حال الحرب يلقي السلاح إذا أصابه الدم، فلو لم يتمكن من إلقائه أمسكه للضرورة ولا قضاء عليه في الأصح عند الشافعية، لأنه عذر عام متكرر في مثل هذه الصلاة[1].

نطاق قاعدة «المشقة تجلب التيسير»:

١ - قد تكون المشقة سبباً في صيرورة أحكام شرعية غير مشروعة أصلاً كأفعال المستكره والناسي والمخطئ، فالإكراه كما بيِّنت سابقاً يعدّ عذراً يبيح الإقدام على بعض المحظورات.

والنسيان كما تقدم يرفع المسؤولية والإثم عن ترك بعض الواجبات الدينية.

والخطأ كما أوضحت مثل النسيان قد يغيِّر الحكم الشرعي، ففي الجرائم يخفف العقاب على المخطئ، فيجب عليه مثلاً دفع الدية في القتل الخطأ بدلاً من القصاص أو الإعدام. وفي العقود المدنية قد يبطل العقد إذا كان هناك غلط في أصل المعقود عليه، وقد يصبح العقد غير لازم، بمعنى أن للمشتري مثلاً فسخه إذا كان هناك غلط في وصف من أوصاف العقد، وكان العقد قابلاً للفسخ، أما ما لا يقبل الفسخ كالزواج، فإنه يقع العقد لازماً إلا عند الإمام أحمد، فيجوز الفسخ لمن وقع الغلط عليه.

٢ - وقد تكون المشقة سبباً في تشريع أحكام جديدة على خلاف المألوف المعتاد وذلك مثل ما عُلِم في حالات الضرورة بالمعنى العام من تشريع عقود وتصرفات معينة على خلاف القياس، كالقرض والإعارة والإجارة، فإنها شرعت تسهيلاً للانتفاع بمال الغير، وكالوكالة والإيداع وأنواع الشركات، فإنها أبيحت للاستعانة بجهود الغير عند العجز، وكالحوالة ليتمكن الدائن من استيفاء دينه من غير المدين، وكعقود التوثيق من رهن وكفالة مالية أو بالنفس لتأمين حق الدائن وتوثيقه؛ وكالإبراء لحطّ كلّ الدين أو بعضه عن ذمة المدين؛ وكخيار الشرط والغبن والتغرير للتروي ودفع الاستغلال؛ وكقبول شهادة الأمثل فالأمثل، أي الأحسن

---

(١) مخطوط قواعد الزركشي: ق ١٩٦.

فالأحسن سيرة بين الشهود الموجودين بدلاً من اشتراط العدالة الكاملة أو المطلقة لضرورة الفصل في القضايا بين الناس، وإلا ضاعت الحقوق لامتناع الإثبات، نظراً لفساد الزمان.

٣ - وقد تكون المشقة سبباً في دفع الحرج والعسر عن الناس والترخيص والتسهيل في بعض الأحكام. فعقود الصبي غير المميز عند الحنفية موقوفة على إجازة وليه حفاظاً على ماله ورعاية له، والمرض والسفر رخصة في ترك بعض الواجبات الدينية كصلاة الجمعة أو تأخير بعضها كصوم رمضان؛ والتقادم أو مضي المدة يمنع القاضي من سماع الدعوى في الحقوق المتنازع عليها حماية للحقوق المكتسبة ولاستقرار المعاملات، وجهل الوكيل بالعزل الاختياري من الموكل يعدّ عذراً في استمرار صلاحية وبقاء سلطته ونفاذ عقوده مثلاً دفعاً للحرج عنه[(١)].

درجات المشقة المصاحبة للعبادة غالباً:

يصاحب العبادةَ غالباً أنواع ثلاثة من المشاق وهي ما يأتي[(٢)]:

١ - **مشقة عظيمة فادحة**: كمشقة الخوف على النفس أو الأعضاء أو منافعها، فهذه المشقة توجب التخفيف والترخيص للناس قطعاً، لأن المحافظة على النفوس والأعضاء للقيام بمصالح الدنيا والآخرة أولى من تعريضها للضرر بسبب عبادة أو عبادات، فلو قمنا بهذه العبادة لثوابها لم تتحقق ثمرتها أو مقاصدها، وبناء عليه، إذا لم يكن للحج مثلاً طريق إلا بالبحر، وكان الغالب عدم سلامة الوصول، لم يجب الحج.

٢ - **مشقة خفيفة**: كالوجع البسيط المحتمل في الأصبع، أو الصداع الخفيف في الرأس، أو سوء المزاج الخفيف، فهذه المشقة لا تأثير لها، ولا التفات إليها، لأن تحصيل مصالح العبادة أولى من دفع مثل هذه المشقة التي لا يؤبه لها عادة، لأهمية العبادة وشرفها، وخفة هذه المشقة.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ١٠٥ وما بعدها، شرح المجلة للشيخ طاهر الأتاسي ٤٩، وللمحامي سعيد المحاسني ٤٩، المدخل للأستاذ مصطفى الزرقاء: ف ٥٩٨.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/ ٧ وما بعدها، مخطوط قواعد الزركشي، المكان السابق، الفروق للقرافي ١/ ١١٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ١١٦، والسيوطي ٧٣.

٣ - **مشقة متوسطة بين هاتين المرتبتين السابقتين:** وضابطها أنها إن اقتربت من النوع الأول أوجبت التخفيف، وإن اقتربت من النوع الثاني لم توجب التخفيف، مثل الحمى الخفيفة ووجع الضرس اليسير، وذلك كله بحسب ظن الإنسان.

اختلاف المشاق باختلاف رُتَب العبادات:

لكل نوع من أنواع العبادات درجة تماثله من المشقة، فما عُني به الشرع عنايةً شديدةً لا يخفف إلا بمشقة شديدة، وما لم يُعْن به عناية مشددةً، خفف بالمشاق الخفيفة، ويتضح المراد بالأمثلة الآتية:

١ - درجة المرض وحالة السفر: جعل الإمام النووي المرض المبيح للفطر في رمضان، ولأكل الميتة، هو المبيح للتيمم وهو أن يخاف الشخص معه تلف نفس أو عضو أو منفعة، أو حدوث مرض مخوف، أو بطء البرء، أو شين فاحش في عضو ظاهر أو باطن، كما هو المختار عند العز بن عبد السلام.

ولا يشترط في السفر المبيح للفطر والتيمم ونحوهما أن تصل المشقة إلى درجة حالة المرض، فمشقة السفر دون مشقة المرض. وسبب التفرقة بينهما هو أن المقصود بالسفر ألا ينقطع المسافر عن رفقته، ولا يحصل له ما يعوق عليه التقلب في السفر بالمعاش.

ويدل عليه ما أجازه الشافعي من صور أباح بها التيمم بمشاق خفيفة دون مشقة المرض وهي:

أحدها - إذا بيع ماء للمسافر بأكثر من ثمن المثل بشيء يسير، فإنه لا يلزمه شراؤه، وله أن يتيمم.

ثانيها - إذا وهب ثمن الماء للمسافر وهو درهم مثلاً، فإنه لا يلزمه قبوله، وله أن يتيمم دفعاً لتضرره بالمنّة.

ثالثها - إذا كان مع المسافر ثمن الماء، ولكنه محتاج إليه في نفقة سفره في ذهابه وإيابه، فإنه يتيمم، كيلا ينقطع عن متابعة سفره.

رابعها - لا يلزم المسافر طلب الماء[١] لمسافة تزيد عن نصف فرسخ[٢] لما فيه من مشقة.

ومن الملاحظ أن كلّ هذه المشاق هي أخف من حالات المرض السابقة.

٢ - الترخيص في الصلاة: رخّص الشارع في إقامة الصلاة التي هي من أفضل الأعمال، فأجاز أن تقام مع الخبث الذي يشقُّ الاحتراز عنه، ومع الحدث بالنسبة للمتيمم والمستحاضة ونحوها مثل سلس البول.

٣ - أعذار ترك الجمعة والجماعة: أجاز الفقهاء لعذر ترك الجمعة والجماعة، لأن الجماعة سنة، والجمعات بدل عن فريضة الظهر. ومن هذه الأعذار: المطر الشديد، والمرض الشاق، وإشراف قريب على الموت أو من يأنس به، والخوف على النفس أو العرض أو المال، وملازم الغريم وهو معسر، وفقد لبس لائق، وغلبة النوم، وشدة الريح بالليل، وشدة الجوع والعطش والبرد والوحل والحرّ ظهراً، وسفر الرفقة لمريد سفر مباح وإن قصر، ولو سفر نزهة، لما يجد من المشقة التي تلحقه بالاستيحاش، وأكل منتن نيء إن لم يمكنه إزالته.

٤ - أعذار الحج: الأعذار في إباحة محظورات الحج خفيفة، إذ يجوز فيه لبس المخيط عند التأذي بالحرّ والبرد، ويجوز حلق الرأس بالتأذي من المرض ونحوه.

٥ - الغرر والجهالة في البيوع ثلاثة أقسام:

أحدها - ما يعسر اجتنابه كبيع الفستق والبندق والرمان والبطيخ في قشورها فيعفى عنه.

ثانيها - ما لا يعسر اجتنابه فلا يعفى عنه.

ثالثها - ما يقع بين الرتبتين وهذا مختلف فيه، فمنهم من يُلحقه بما عظمت مشقته لعظم مشقته، ومنهم من يلحقه بما خفت مشقته لخفة مشقته، إلا أنه تارة يعظم الغرر فيه فلا يعفى عنه في الأصح عند الشافعية كبيع الجوز الأخضر في

---

(١) من المعلوم أنه لا يجوز للمسافر أن يتيمم إلا بعد البحث عن الماء وطلبه، لقوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ [المائدة: ٥/٦]، ولا يقال: (لم يجد) إلا بعد الطلب.

(٢) الفرسخ: ثلاثة أميال، والميل: أربعة آلاف خطوة.

قشرته، وتارة يخف العسر فيه لمسيس الحاجة إلى بيعه، فيكون الأصح جوازه كبيع الباقلاء الأخضر في قشرته.

٦ - إن الغضب والجوع الذي يمنع الحكام من إصدار الأحكام هو كلّ ما يمنع من استجماع الفكر والنظر محافظة على مصالح المتنازعين، لذا قال ﷺ: «لا يقضي القاضي وهو غضبان مهموم ولا مصاب، ولا يقضي وهو جائع»[١].

تخفيفات الشرع:

تخفيفات الشرع أنواع سبعة وهي ما يأتي[٢]:

الأول - تخفيف إسقاط: كإسقاط الجمعة والصوم والحج والعمرة والجهاد ونحوها من العبادات بأعذار معروفة.

الثاني - تخفيف تنقيص: مثل قصر الصلاة الرباعية في السفر، وتنقيص ما عجز عنه المريض من أفعال الصلوات، كتنقيص الركوع والسجود وغيرهما إلى القدر الميسور من ذلك.

الثالث - تخفيف إبدال: كإبدال الوضوء والغسل بالتيمم عند فقد الماء أو المرض، وإبدال القيام في الصلاة بالقعود، والقعود بالاضطجاع، والاضطجاع بالإيماء، والصيام بالإطعام، وكإبدال بعض واجبات الحج والعمرة بالكفارات عند قيام الأعذار.

الرابع - تخفيف التقديم: كتقديم العصر إلى الظهر، والعشاء إلى المغرب في السفر والمطر، وكتقديم الزكاة على مجيء حولها، والكفارة على الحنث بها.

الخامس - تخفيف التأخير: كتأخير الظهر إلى العصر، والمغرب إلى العشاء، وتأخير رمضان إلى ما بعده حالة السفر أو المرض، وتأخير الصلاة بالنسبة لمشتغل بإنقاذ غريق أو نحوه من الأعذار الآتية في الرُّخص.

السادس - تخفيف الترخيص: أي تشريع الرُّخص الشرعية، مثل صحة الصلاة

---

(١) رواه أبو عوانة في صحيحه.

(٢) المراجع السابقة، قواعد الأحكام ٦، ابن نجيم ١١٦، السيوطي ٧٤.

بالتيمم مع كون الشخص محدثاً، وإباحة شرب الخمر لإزالة الغصة، وجواز أكل النجاسات للتداوي والتسامح بالتلفظ بالكفر عند وجود الإكراه مع اطمئنان القلب بالإيمان، ونحو ذلك.

السابع - تخفيف تغيير: كتغيير هيئة الصلاة المعروفة حالة الخوف وقت التحام القتال أو عند الهروب من عدو، فلا يتقيد المصلي بالهيئات الأساسية من قيام وركوع وسجود واتجاه إلى القبلة، وإنما يكتفي بالإيماء، كما هو معروف في مبحث (صلاة الخوف) عند الفقهاء.

الرُّخص الشرعية:

إن تشريع الرُّخص في الإسلام دليل على التزام مبدأ السماحة واليسر في المطالبة بالأحكام الشرعية، وسأذكر هنا معنى الرُّخص وأقسامها عند العلماء بإيجاز في ضوء قاعدة «المشقة تجلب التيسير».

الرُّخصة في اللغة العربية: معناها التيسير والتسهيل. وعند علماء أصول الفقه: هي الأحكام التي شرعها الله تعالى بناء على أعذار[1] الناس، رعاية لحاجتهم، مع بقاء السبب الموجب للحكم الأصلي[2]. وعرفها الشافعية بقولهم: هي الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر[3]. واحترزوا بقولهم: «على خلاف الدليل» عما أباحه الله تعالى من الأكل والشرب وغيرهما، فلا يسمى رخصة، لأنه لم يثبت على المنع منه دليل. والعذر: هو المشقة والحاجة.

وإذا لم يبق السبب الموجب للحكم الأصلي بحسب التعريف الأول، مثل إباحة

---

(١) الأعذار: كالاضطرار ومشقة السفر، والحاجة إلى ثمن المنتجات قبل إدراكها ونضجها، وإباحة ترك صلاة الجماعة لمرض أو مطر أو نحوهما.

(٢) شرح العضد على مختصر المنتهى ٢/ ٨، الإبهاج للسبكي ١/ ٥١، مرآة الأصول ٢/ ٣٩٤، التقرير والتحبير ٢/ ١٤٦، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ١/ ١١٦، الموافقات للشاطبي ١/ ٣٠١، المدخل إلى مذهب أحمد ٧١، روضة الناظر وجُنة المناظر ١/ ١٧٢.

(٣) الإحكام للآمدي ١/ ٦٨، شرح الإسنوي ١/ ٨٩، شرح المحلي على جمع الجوامع ١/ ٩٢، المستصفى ١/ ٦٣، كشف الأسرار للبزدوي ١/ ٦١٨ وما بعدها.

ترك المسلم المجاهد الثبات أمام عشرة من الكفار، بعد أن كان ذلك ممنوعاً، فلا يسمى رخصة؛ لأن الحكم الأصلي وهو وجوب الثبات للعشرة قد زال سببه، وهو قلة المسلمين. فعندما كثر المسلمون أبيح لهم ترك وجوب الثبات لعشرة، وصار الواجب الثبات أمام اثنين فقط من الكفار الأعداء.

ولا تطلق الرخصة عادة إلا في مقابلة ما يسمى بالعزيمة، وهي الأحكام الأصلية التي شرعها الله لتكون قانوناً عامّاً لجميع المكلَّفين في جميع الأحوال، مثل الصلاة والزكاة وسائر الشعائر الإسلامية الكلِّية(١).

أقسام الرخصة عند الشافعية:

قسم الشافعية الرخصة إلى خمسة أقسام، بيَّنوا فيها حكمها وهي:

الأول - رخصة واجبة: كأكل الميتة للمضطر، والفطر لمن خاف الهلاك جوعاً أو عطشاً وإن كان مقيماً صحيحاً، وإساغة الغصة بالخمر. فذلك واجب لعذر هو حفظ الحياة، ودليله قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٥].

الثاني - مندوبة: كقصر الصلاة للمسافر إذا قطع مسافة ثلاثة أيام فصاعداً. وإنما كان القصر مندوباً لقول عمر رضي الله عنه: «صدقة تصدَّق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته»، ومثله: جواز الفطر في رمضان لمن يشق عليه الصوم في سفر أو مرض، ومنه مشروعية الإبراد بالظهر، أي تأخير أداء الصلاة إلى وقت الإبراد، وهو الزمان الذي يتبين فيه انكسار شدة الحر، لما رواه الجماعة عن أبي هريرة: «إذا اشتد الحر فأبردوا بالصلاة، فإن شدة الحر من فيح جهنم». ومنه جواز النظر للمخطوبة وقت الخطبة تحقيقاً للوفاق ودوام العشرة.

الثالث - مباحة: كإباحة عقود السَّلَم، وبيع العرايا(٢)، والإجارة والمساقاة وشبه

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) بيع العرايا: هو بيع الرطب في رؤوس النخل خرصاً بمثله من التمر كيلاً فيما دون خمسة أوسق (أي قنطارين ونصف) لمن به حاجة إلى أكل الرُّطب ولا ثمن معه، فيبادل بالتمر القديم الرطب الجديد، والعرايا جمع عرية بمعنى معروة: وهي الشجرة المنفردة عن الكرم أو النخل يجوز بيعها بخرصها تمراً على الفقير، ومعنى الخرص: أن ينظر خبير إلى الرطب، =

ذلك من العقود، فإنها رخصة بلا نزاع، لأن السّلم والإجارة عقدان على شيء معدوم مجهول، وبيع العرايا: بيع الرطب بالتمر، جوّز للحاجة إليها.

وإنما كانت هذه الحالات رخصة، لأن طريق كلّ منها غير متعين لدفع الحاجة، إذ يمكن الاستغناء عنه بطريق آخر، فالسّلم مثلاً يمكن الاستغناء عنه بالقرض.

الرابع - خلاف الأولى: كفطر المسافر الذي لا يتضرر بالصوم، لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَصُومُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٨٤]، فالصوم في السفر في هذه الآية مأمور به أمراً غير جازم، وهو يتضمن النهي عن تركه، وما نهي عنه نهياً غير صريح، فهو خلاف الأولى. ومثله التيمم لمن وجد الماء يباع بأكثر من ثمن المثل وهو قادر على شرائه. وعدَّ الغزالي والمتولي وغيرهما من هذا القسم ترك الجمع بين الصلاتين في السفر للخروج من الخلاف، فإن الإمام أبا حنيفة يوجب القصر ولا يجيز الجمع إلا بعرفة والمزدلفة، أي إن الأفضل ترك الجمع، خروجاً من خلاف أبي حنيفة. وسبب الجمع السفر في الأظهر، لا النُّسُك في عرفة والمزدلفة، خلافاً لأبي حنيفة.

الخامس - ما يكره فعله: كقصر الصلاة في سفر لمسافة دون ثلاثة أيام، أي دون (١٣٠ كم) تقريباً.

والخلاصة أن مدار تقسيم الشافعية للرُّخصة هو العذر[١].

الرُّخصة عند الشاطبي: حكم الرُّخصة عند الشاطبي الإباحة مطلقاً من حيث هي رخصة، وأما وجوب تناول المحرمات في حال الاضطرار فيرجع إلى عزيمة أخرى هي المحافظة على الحياة[٢]، كما دلَّ على ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٥]، وقوله: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٤/ ٢٩].

= فيقدر كم يجيء منه تمراً. والأصل عدم جواز هذا البيع، لأن التمر من الأموال الربوية، فتشترط المماثلة في بيع التمر بالتمر، لكنه أجيز هذا البيع هنا للحاجة، بالرغم من عدم تحقق شرط المماثلة في الحال.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٥، المستصفى ١/ ٦٣، شرح الإسنوي ١/ ٩، الإبهاج ١/ ٥٢، شرح المحلي على جمع الجوامع ١/ ٥٢، قواعد الزركشي: ق ١٠٦.

(٢) الموافقات ١/ ٣٠٧ وما بعدها. وراجع ٣٠٣ وما بعدها.

وذكر الشاطبي أن الرُّخصة قد يكون لها معنى ثان غير المعنى الذي ذكرته، فقد تطلق على ما استثني من أصل كلِّي يقتضي المنع مطلقاً من غير اعتبار بكونه لعذر شاق، وهو يشمل تشريع القرض والقراض (أي المضاربة) والمساقاة وبيع العرية بخرصها تمراً ونحوها، مما هو مستند إلى أصل الحاجيات.

وقد يطلق لفظ الرُّخصة وإن اعتمدت على الضروريات، كالمصلي لا يقدر على القيام، فإن الرخصة في حقِّه ضرورية لا حاجية، وإنما تكون حاجية إذا كان قادراً على القيام لكن بمشقة تلحقه فيه أو بسببه.

أقسام الرخصة عند الحنفية:

قسَّم هؤلاء الرُّخصة إلى أربعة أنواع[1]:

الأول - إباحة الفعل المحرم عند الضرورة والحاجة: ومثاله التلفظ بالكفر عند الإكراه عليه بالقتل أو بقطع بعض الأعضاء، مع اطمئنان القلب بالإيمان، بدليل قوله تعالى: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٦/١٠٦]. ومثل الإفطار في رمضان، والجناية على الإحرام بالحج أو العمرة، وإتلاف مال الغير بالإكراه، وحلّ الأكل من الميتة عند الجوع الشديد، وإباحة شرب الخمر عند الظمأ الشديد، كلّ ذلك ونحوه يرفع الإثم فقط عن المترخص، مع بقاء الفعل محرماً وقيام الحرمة فيه.

وحكم فعل هذه الرخصة هو الجواز إلا إذا خاف الشخص هلاك نفسه أو ذهاب عضو من أعضائه، فحينئذ يصير العمل بالرُّخصة واجباً، فإذا لم يعمل بها حتى مات كان آثماً لتسببه في قتل نفسه، والله تعالى يقول: ﴿وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِ﴾ [البقرة: ٢/١٩٥]، و ﴿وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡ﴾ [النساء: ٤/٢٩].

ولكنهم قالوا: إن الأخذ بالعزيمة أولى في حال الإكراه على الكفر، ولو قتل المستكره كان مأجوراً، واستدلوا على هذا بما يُروى «أن مسيلمة الكذاب أخذ اثنين من أصحاب رسول الله ﷺ فقال للأول: ما تقول في محمد؟ قال: رسول الله.

---

(١) التقرير والتحبير ٢/١٤٦، فواتح الرحموت ١/١١٦ وما بعدها، مرآة الأصول ٢/٣٩٥ وما بعدها، كشف الأسرار ١/ ٦٣٥ وما بعدها.

قال: فما تقول فيَّ؟ قال: وأنت أيضاً، فخلَّىَ سبيله، وقال للآخر: ما تقول في محمد؟ قال: رسول الله، قال: فما تقول فيَّ؟ قال: أنا أصمّ لا أسمع، فأعاد عليه ثلاثاً، فأعاد جوابه، فقتله. فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: أما الأول فقد أخذ برخصة الله تعالى، وأما الثاني فقد صدع بالحق فهنيئاً له»[١]. وهذا النوع الذي هو أمسّ أنواع الرخصة ببحث الضرورة وأولاها بتسمية الرخصة شبيه بما يذكره فقهاء القانون الجنائي في موانع المسؤولية الجنائية التي تقضي بمنع العقاب مع بقاء المسؤولية المدنية أي ضمان التعويض إذا وجد مقتض له كما في حال إتلاف مال الغير عند الضرورة[٢].

الثاني - إباحة ترك الواجب إذا كان فعله مشقة تلحق المكلف، كإباحة الفطر في رمضان للمسافر والمريض، قال الله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ٢/ ١٨٤]، هذا النَّص يقضي بأن المسافر والمريض لا يجب عليهما الصوم في حال السفر والمرض.

ومثله قصر الصلاة الرباعية في السفر لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ﴾ [النساء: ٤/ ١٠١]، لكن القصر واجب في السفر عند الحنفية.

الثالث - إباحة العقود والتصرفات التي يحتاج الناس إليها مع مخالفتها للقواعد المقررة، مثل عقد السلم[٣] ونحوه مما ذكر في التقسيم السابق عند الشافعية، فإن السلم بيع لمعدوم، وبيع المعدوم باطل، ولكن الشرع أجازه لحاجة الناس إليه. ومثله عقد الاستصناع[٤].

---

(١) تفسير القرطبي ١٠/ ١٨٩، كشف الأسرار ١/ ٦٣٦.

(٢) نظرية الإباحة للأستاذ المرحوم محمد سلام مدكور ٣٧٤.

(٣) عقد السلم: بيع شيء غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال، على أن يوجد الشيء، ويسلم للمشتري في أجل معلوم.

(٤) عقد الاستصناع كما أوضحت سابقاً: هو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذّمة، أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع. ويلاحظ أن النهي عن بيع المعدوم إنما هو لوجود الغرر (أي التعاقد على أمر موهوم غير موثوق) لا للعدم، كما أبان ابن قيم في أعلام الموقعين (٢/ ٩).

الرابع - رفع الأحكام الشاقة التي كانت مشروعة في الشرائع السابقة والتخفيف فيها عن الأمة الإسلامية، كاشتراط قتل النفس للتوبة من العصيان: ﴿فَتُوبُوٓاْ إِلَىٰ بَارِئِكُمْ فَٱقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ٥٤]، وتطهير الثوب بقطع موضع النجاسة، وإيجاب ربع المال في الزكاة، وبطلان الصلاة في غير موضع العبادة المخصوص من كنيسة وغيرها، ونحو ذلك مما أشار إليه القرآن الكريم جملة. في قول الله تعالى: ﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٦]، ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِى كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ [الأعراف: ٧/ ١٥٧].

وهذا النوع رخصة مجازاً؛ إذ لا شبه بينه وبين الرخصة، لأن الأصل لم يبق مشروعاً، فلا عزيمة، حتى يطلق عليه أنه رخصة في مقابلتها، إلا أنه لما ترتب على انتفاء هذه التكاليف من شريعتنا اليسر والسهولة في حقنا للأمم السابقة، أطلق عليه عند الحنفية اسم (الرخصة) تجوزاً وتوسعاً، وأما عند غير الحنفية فلا يعدّ هذا من باب الرخصة، إلا أن الشاطبي قال[1]: قد يطلق لفظ الرخصة على ما وضع عن هذه الأمة من التكاليف الشديدة والأعمال الشاقة التي دلَّ عليها قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٦].

وعلى هذا فالرخصة عند الحنفية نوعان: مباح وواجب.

تصادم المشقة مع النص:

قال ابن نجيم[2]: المشقة أو الحرج إنما يعتبر في موضع لا نصَّ فيه، وأما مع النَّص بخلافه فلا يجوز التخفيف بالمشقة، ولذا قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله بحرمة رعي حشيش الحرم المكي وقطعه إلا الإذخر[3]، قال: قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة: «إن هذا البلد حرَّمه الله يوم خلق السماوات والأرض، فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة، لا يُعضد شوكه ولا ينفَّر صيده، ولا يَلْتقط لقطته، إلا من

---

(١) الموافقات ١/ ٣٠٤.

(٢) الأشباه والنظائر ١/ ١١٧، رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢٠.

(٣) الإذخر: نبات طيب الرائحة.

عَرَّفها، ولا يختلى خَلاه، فقال العباس: يا رسول الله، إلا الإذخر، فإنه لِقَيْنهم وبيوتهم، فقال: إلا الإذخر»[(١)].

وكذلك يقول أبو حنيفة بتغليظ نجاسة الأرواث، لقوله عليه الصلاة والسلام: «إنها ركس»[(٢)]، أي نجس، ويقول أيضاً بنجاسة بول الإنسان المنصوص على نجاسته[(٣)]، فهذا وإن كان فيه مشقة وعمت به البلوى فلا يعفى عنه؛ وعلى هذا فالمشقة هنا لم تجلب التيسير بسبب وجود النص على النجاسة فيما ذكر ونحوه.

هل الفعل مع المشقة يصح؟

ذكر الزركشي في قواعده[(٤)] هذا الحكم، فقال: من خفف عليه للمشقة لو تكلف وفعل، صحَّ إذا لم يخش الهلاك أو الضرر العظيم، كالمريض يتحمل المشقة في حضور الجمعة، والفقير يتحمل المشقة بحضور عرفات، ويسقط عنه الفرض.

فإن خشي ذلك، وهو بهذه الحالة، فيجب عليه الفطر إذا كان صائماً في رمضان، فإن صام عصى، قال الغزالي: ويحتمل ألا ينعقد، لأنه عاصٍ به، فكيف يتقرب بما يعصي؟ ويحتمل أن يقال: إنما عصى لجنايته على الروح التي هي حق الله تعالى، فيكون كالمصلي في الدار المغصوبة، يعصي لتناوله حق الغير، وكذلك هذا لم يعص من حيث إنه صائم، بل من حيث سعيه في الهلاك. وقال القرافي[(٥)]: إذا كان المريض يخشى على نفسه أو عضو من أعضائه أو منفعة من منافعه، فهذا يحرم عليه الصوم.

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم عن عبد الله بن عباس. والمراد بقوله: «لا يعضد» أي لا يقطع بالمعضد: وهي حديدة تتخذ لقطعه، والخلا: الرطب من المراعي، واختلاؤه: قطعه، والقين: العبد (راجع جامع الأصول لابن الأثير ١٠/ ١٨٣، ٤٧٦).

(٢) روى البخاري وابن ماجه والدارقطني والبيهقي عن ابن مسعود أن النَّبي ﷺ طلب منه أن يأتيه بثلاثة أحجار عندما أراد إتيان الغائط، فأتاه بحجرين وروثة، فأخذ الحجرين وألقى الروثة، وقال: «هذا ركس»، وفي لفظ: «هذا رجس» (نصب الراية ١/ ١٢٥).

(٣) وذلك مثل حديث «استنزهوا من البول فإن عامة عذاب القبر منه»، رواه الدارقطني عن أبي هريرة.

(٤) راجع مخطوط قواعد الزركشي: ق ١٩٦ - ب.

(٥) الفروق ٢/ ٢٣.

ويجري هذا بالنسبة لفقير عاجز عن المشي لأداء الحج، أو مريض يقوم حال أداء الصلاة، ونحوهما.

ضابطة المشقة المؤثرة في التخفيف:

في صعيد الحياة - ولا سيما في عصرنا الحاضر حيث تعقدت وتشابكت ظروف المعيشة - ألوان مختلفة من المشاق والمتاعب، ثم إن الشرع خفف عن الناس، ويسَّر لهم القيام بواجباتهم إذا وجدت المشقة، فتارة تكون هذه المشقة التي ربط التخفيف بها شديدة شاقة، وقد تكون أشد وأشق، وقد تتوسط بين هاتين المرتبتين، فما الضابط إذن لمعرفة نوع المشقة المستوجبة للترخيص والتخفيف؟ إذ ليس كلّ ما يتضايق منه الإنسان يكون مبيحاً لترك الواجب أو تأخيره أو التخفيف فيه.

إذا حدث الاحتكام إلى عرف الناس فيما يعدّونه مشقة، فإن العرف مضطرب ومتغير وليس فيه تحديد شيء ثابت، فكان الأنسب أن يقال كما قرّر فقهاء الإسلام: إن ما لم يرد فيه الشرع بتحديد المشقة، يتعين تقريبه بقواعد الشرع، لأن ما لا يحد ضابطه لا يجوز تعطيله وعدم الالتفات إليه.

وتحديد هذا الضابط يختلف فيما بين العبادات والمعاملات، فلكل عبادة مرتبة معينة من المشاق المؤثرة فيها إسقاطاً أو تخفيفاً كما تبيّن سابقاً، وأما المعاملات فإنها تتأثر بمرتبة واحدة من المشاقّ كما سيأتي بيانه[1].

في العبادات: قال عز الدين بن عبد السلام وغيره: «الأولى في ضبط مشاق العبادات أن تضبط مشقة كلّ عبادة بأدنى المشاق المعتبرة في الشرع في تخفيف تلك العبادة، فإن كانت مثلها أو أزيد منها، ثبتت الرخصة بها، وإن كانت أدنى أو أقل منها لم يثبت الترخيص بها».

وهذا يعني أنه يجب على الفقيه أن يفحص عن أقل مشقة خففت بها تلك العبادة المعينة، سواء في نصوص الشرع من قرآن أو حديث نبوي، أم في إجماع

---

(١) راجع قواعد الأحكام ٢/١٢ وما بعدها، قواعد الزركشي، المكان السابق، الفروق ١/١٢٠، تهذيب الفروق بهامشه ١٣٢

المجتهدين، أم في مجال الاستدلال والاستنباط والاجتهاد، ثم يقيس الفقيه بعدئذ تلك المشقة الطارئة أو المبحوث عنها على هذه المشقة التي أقرها الشرع سبباً للتخفيف، فإذا ساوتها أو كانت أشدّ منها، جاز تخفيف العبادة بسببها وإلا فلا يجوز.

فالسفر مبيح للفطر في رمضان لما اشتمل عليه من مشقة في الغالب، فيقارن به غيره مما هو شبيه به، فإذا شقَّ الصوم في حال الإقامة العادية مشقة تربو على مشقة الصوم في السفر، جاز الإفطار بذلك، فإن أصحاب الشافعي اتفقوا على أنه لا يشترط في مشقة الصوم الإشراف على الهلاك، وإنما يكفي أن يتضرر الصائم بالصوم تضرراً يمنعه من ممارسة تصرفاته المعتادة.

وفي الحج تباح المحظورات الممنوعة فيه أثناء الإحرام من حلق للشعر ولبس للثياب، وتطيب وادِّهان وغير ذلك عند وجود عذر من أذى أو مرض ونحوهما مع المطالبة بالفدية من صيام أو صدقة أو نسك، لأن الرسول ﷺ أباح حلق الشعر لكعب بن عُجْرة بسبب تأذيه بالقمل[1]. فالتأذي بالقمل هو أدنى مشقة أبيحت بها محظورات الإحرام، فيقاس عليه كل مرض مؤذٍ مثله أو أشد منه، وقد نزل في ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ٢/١٩٦]. هذا في محظورات الإحرام، أما ترك أصل الحج وعدم القيام به، فلا يكفي في جواز تركه مثل تلك الأعذار، بل لا بدّ من وجود مشقة أشد وأعلى لا يحتمل مثلها كالخوف على النفس والمال من الهلاك، وعدم وجود الزاد والراحلة، أي نفقات الحج ذهاباً وإياباً، وهذا بالنسبة للحاج، ومن تجب عليه نفقته من أسرته أيضاً.

وإباحة القعود في الصلاة وترك القيام يحصل بمجرد حصول ما يشوش الخشوع الواجب في الصلاة إذا صلى قائماً، وأما الاضطجاع فيحتاج جوازه إلى عذر أشد مشقة من عذر حالة القعود، لأن الاضطجاع منافٍ للمبدأ الواجب وهو تعظيم العبادات، ولا سيما أن المصلي مناجٍ ربَّه، وقد قال في حديث قدسي: «أنا جليس

---

(١) رواه الشيخان وأحمد (راجع منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ١١).

من ذكرني»[١]، أما القعود فإنه جائز بلا عذر كما في حال التشهد، فلم يشترط في جوازه في غير حال التشهد عذر شديد كلِّي.

وجواز النظر إلى العورات يختلف باختلاف موضع النظر، فالنظر إلى الوجه والكفين يباح بمجرد وجود الحاجة. وأما سائر الأعضاء فيباح النظر إليها عند تأكد الحاجة، وقدره بعض الشافعية بالمرض الذي يجيز التيمم، وهو أن يخاف المرء تلف نفس أو عضو أو منفعة أو حدوث مرض مخيف، أو بطء البرء أو شين فاحش في عضو ظاهر.

واشترط في النظر إلى السوأتين مزيد التأكد من الحاجة، وضبطه الغزالي بما لا يعد التكشف بسببه هتكاً للمروءة ويعذر فيه في العادة.

وفي المعاملات: يقتصر في إسقاط المسؤولية فيها على أقل ما تصدق عليه حقيقة الشرط الذي تقتضيه حقيقة المعاملة: أي إنه يكتفى في تنفيذ الشرط بأقل ما يسمى شرطاً ينطبق على المتفق عليه، فإذا استؤجر إنسان، واشترط عليه أنه كاتب أو نجار أو صياد أو خياط أو بنَّاء، فإنه يكفي لتحقق هذا الشرط توافر أقل رتبة في الكتابة والنجارة والخياطة والبناء، وهذا هو مسمى كلّ من هذه الحِرَف، ولا يحتاج فيها إلى توافر المهارة.

ولو عقد شخص مع آخر عقد سلَم، واشترط أوصافاً معينة في المسلَم فيه المبيع، فإنه يحمل على أقل شيء يحقق معنى الشرط أو مسماه، ولا يشترط توافر مرتبة معينة من الأوصاف المتفق عليها.

والفرق بين العبادات والمعاملات فيما تقرر أن لكل عبادة مرتبة معينة من مشاقها المؤثرة في إسقاطها، وأن المعاملات يحمل فيها على أدنى المشاق فيها: هو أن المصالح في كلّ منها تختلف عن الأخرى. فالمصالح المترتبة على العبادات باقية خالدة إلى الأبد مع الفوز برضا الله تعالى، فلا يليق تضييع تلك المصالح بأقل مشقة مع يسر احتمالها، فكان ترك الترخص في كثير من العبادات أولى، وكان

---

(١) روى البخاري ومسلم والترمذي عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «يقول الله تعالى: أنا عند ظن عبدي بي، وأنا معه إذا ذكرني».

القيام بالعبادة مع المشقة أبلغ في إظهار الطواعية، وأعظم في التَّقرب إلى الله، وأكثر أجراً من أدائها بدون مشقة، قال عليه الصلاة والسلام: «أفضل العبادات أحمزها»[١]: أي أشقها، وقال: «أجرك على قدر نصبك»[٢]، أي تعبك.

وأما المعاملات: فيحمل المطلوب فيها على أقل مشقة تحصيلاً لمقاصد المعاملات ومصالحها التي تقتضي التيسير فيها، فلذا ربط الحكم بها بأقل ما يطلق عليه اسم الشرط ويحقق معناه، ولو طولب العاقد بأعلى الأوصاف في عقد السلم مثلاً، لأدى ذلك إلى كثرة التنازع والاختلاف وإظهار العناد والاستبداد.

الفرق بين المشقة والضرورة بالمعنى الضيق:

يتبين من الأمثلة التي ذكرتها في قاعدة المشقة أنها كلها مما تشتد الحاجة إليه، وأنها تقوم على ضرورة يخشى معها الإنسان على نفسه أو أعضائه أو ماله، ولكن قد تستدعي المشقة التيسير والتخفيف إذا كانت درجة الاحتياج مؤثرة في تحقيق المصلحة المقصودة من العبادات أو المعاملات، فمن يصل به الحرج والعسر إلى درجة تخل بالمعنى المقصود من التكليف، فيباح له الأخذ بمقتضيات اليسر والسهولة التي أقرّها الشرع مبدأ عامّاً في الإسلام، يظهر ذلك مثلاً فيما ذكرته من الأمثلة: وهو أن المرض الذي يشوش على المصلي الخشوع والأذكار يبيح له القعود في الصلاة وترك القيام، ولا يشترط عندئذ تحقق معنى الضرورة، أي بالمعنى الضيق المشار إليه، فإن فهمنا الضرورة بمعناها الواسع الذي يشمل درجة الاضطرار الملجئ، والحاجة الأكيدة، والأقل منها درجة مما يعد حاجة في العادة، فلا مجال حينئذٍ للتفرقة بين المشقة والضرورة، فإن كلاًّ منهما يطلق على ما يطلق عليه الآخر، أي إنه لا فرق بين المشقة، والضرورة بمعناها الواسع، وإنما يظهر الفرق بينهما إذا لاحظنا المعنى الضيق للضرورة.

---

(١) هذا من كلام ابن عباس، كما في النهاية لابن الأثير.

(٢) رواه البخاري ومسلم من حديث عائشة رضي الله عنها: قال لها النبي ﷺ بعد اعتمارها: «أجرك على قدر نفقتك أو نصبك»، وفي لفظ: «أو تعبك» (راجع كشف الخفا للعجلوني ٤٩).

التيسير منوط بتحقق السبب لا بمقدار المشقة:

ليست قاعدة «المشقة تجلب التيسير» قانوناً مطرداً لا يتخلف في كلّ حالات المشقة، وإنما كما بيَّنت سابقاً «أكثر قواعد الفقه أغلبية» فما نصَّ الشرع على اعتباره سبباً للتخفيف والتيسير، عمل به، وما لم يعتبره الشرع سبباً لذاك، فلا يصح الترخيص به.

وما نصَّ الشرع على اعتباره سبباً مخفّفاً، ، يعمل به ولو لم تتحقق المشقة في الواقع، إذ إن المشقة أمر اعتباري يختلف باختلاف الأشخاص، والظروف والأزمان والأماكن، فقد يعتبر وضع من الأوضاع مشقة عند أناس، ولا يعتبر مشقة عند أناس آخرين، فربَّ رجل قوي، يتحمل قطع الصحارى والبيادي، حتى صار له ذلك عادة، لا يحرج بها، ولا يتألم بسببها، يقوى على أداء عباداته على وجه أكمل، وفي أوقاتها، وربَّ رجل آخر بخلافه.

وكذلك يختلف الأشخاص بحسب قدرتهم على الصبر على الجوع والعطش، ويختلفون باختلاف صفات الجبن والشجاعة، وبحسب المركز والأهمية، وغيرها من الأمور، فرؤساء الدول مثلاً لا ينالهم من المشقة في السفر ما ينال الرعية، بسبب تفاوت الاستعداد وتهيئة وسائل الراحة، وتيسير سبل العناية والخدمة. والمشقة في زمن الصيف وطول النهار تختلف عن المشقة زمن الشتاء وقصر اليوم.

والسفر على الطائرات غير الركوب على الجمال، وكذلك سفر الإنسان راكباً مسيرة يوم وليلة في رفقة مأمونة، وأرض مأمونة وعلى بطء، غير السفر مئات وآلاف الأميال، وبسرعة فائقة، أو في أرض مذأبة أو مأسدة أو محاطة بالأعداء.

وكذلك المريض تتفاوت درجة المشقة لديه بحسب نوع المرض وقدرة الشخص، وتهيؤ ظروف العلاج.

وهكذا لا نجد للمشقة المستوجبة للتخفيف ضابطاً مخصوصاً، ولا حدّاً محدوداً يطرد في جميع الناس، فاعتبر الشرع في كثير من الحالات مجرد تحقق السبب أو وصفه أساساً للتخفيف على الناس، بقطع النظر عن وجود حقيقة المشقة. فالسفر

مثلاً سبب للتخفيف، لأنه يغلب على الظن أن يكون مصحوباً بالمشقة، والمرض سبب أيضاً للتخفيف؛ لأن الغالب فيه أن يكون مشتملاً على الألم والمشقة، ثم يترك الأمر لتقدير واجتهاد كلّ شخص حسب ظروفه وأوضاعه الخاصة، فيأخذ بما شرع من الرُّخص وأحكام اليسر، حسبما يجد في نفسه من الضيق والحرج والعسر، فإن لم يجد حرجاً لم يشرع الترخيص في حقه إذا أراد الاحتياط لدينه.

ومما يؤيد ذلك ما قرره علماء أصول الفقه من أن «الحكم يدور مع علته لا مع حكمته وجوداً وعدماً»، أي إن الحكم يوجد حيث توجد علته، ولو تخلفت حكمته، وينتفي حيث تنتفي علته، ولو وجدت حكمته.

فالسفر في رمضان مثلاً علة أو سبب يجيز الفطر، وقصر الصلاة الرباعية والجمع بين الصلاتين ونحوها، حتى وإن انتفت الحكمة، وهي المشقة بأن كان السفر مريحاً لا مشقة فيه.

والمرض سبب في إباحة الفطر في رمضان، والتسامح في بعض شروط الصلاة، والتخلف عن الجهاد وغيرها، حتى وإن لم يكن هناك في الواقع مشقة تضني الجسد، بأن توافرت ظروف العلاج المناسب.

أما غير المسافر والمريض فلا يجوز له ممارسة هذه التخفيفات من فطر في رمضان وقصر للصلاة ونحوهما، حتى ولو كان في عمله مشقة كالخباز والوقاد وعامل المنجم ونحوهم، لانتفاء علة الجواز المنصوص عليها: وهي السفر أو المرض، بالرغم من أن الحكمة وهي المشقة موجودة.

وقد بيَّن ابن القيم الحكمة في تخصيص المسافر بالرُّخص الشرعية، فقال[١]: «لا ريب أن الفطر والقصر يختص بالمسافر، ولا يفطر المقيم إلا لمرض، وهذا من كمال حكمة الشارع، فإن السفر في نفسه قطعة من العذاب، وهو في نفسه مشقة وجهد، ولو كان المسافر من **أرفه الناس**، فإنه في مشقة وجهد بحسبه، فكان من رحمة الله بعباده وبرِّه بهم أن خفف عنهم شطر الصلاة، واكتفى منهم بالشطر، وخفف عنهم أداء فرض الصوم في السفر، واكتفى منهم بأدائه في

(١) راجع أعلام الموقعين ٢/ ١١١.

الحضَر... وأما **الإقامة**: فلا موجب لإسقاط بعض الواجب فيها ولا تأخيره، وما يعرض فيها من المشقة والشغل أمر لا ينضبط ولا ينحصر، فلو جاز لكل مشغول وكل مشقوق عليه الترخص، ضاع الواجب واضمحلَّ بالكلِّية، وإن جُوِّز للبعض دون البعض لم ينضبط، فإنه لا وصف يضبط ما تجوز معه وما لا تجوز، بخلاف السفر...».

ومن الأمثلة أن الحكمة من تحريم الخمر هي دفع الضرر عن الناس في عقولهم وصحتهم، غير أن الضرر أمر تقليدي يختلف باختلاف الأشخاص، فجعل الإسكار سبباً للتحريم العام بحيث يقاس عليه كلّ مسكر، وإن لم يتضرر بعض الناس، أو لم يسكر بسبب إدمانه الشراب أو لقوته الجسدية.

وأما الترخيص بشرب الخمر فهو محصور في حالات ضيقة، هي كما عرفنا حالة الدواء والجوع والعطش الشديدين، وإزالة الغصة ونحوها مما يتعين كونه طريقاً لإنقاذ النفس من الهلاك[1].

٢ - إذا ضاق الأمر اتَّسع (م/١٨ مجلة):

يتفرع على القاعدة السابقة قاعدة أخرى في معناها وتطبيقاتها ذكرها الإمام الشافعي وهي: «إذا ضاق الأمر اتَّسع»، وعكسها وهو: «إذا اتَّسع الأمر ضاق»، وجمع الغزالي بينهما بقوله: «كلّ ما يتجاوز حدّه انعكس إلى ضدِّه»، أي كلما وجدت صعوبة عاد الأمر إلى السهولة وبالعكس، ومثَّل له بقوله: إن قليل العمل في الصلاة لما اضطر إليه وشقَّ على النفس اجتنابه سومح به، وكثيره لما لم يكن به حاجة لم يسامح به ولم يعف عنه في غير صلاة شدة الخوف. وكذا قليل الدم يعفى عنه للضرورة، ولا يعفى عن كثيره.

---

(١) راجع هذا البحث في الموافقات للشاطبي ١/ ٣١٤ وما بعدها، الإحكام للآمدي ٣/ ١٢، الإبهاج للسبكي ٣/ ٩١، مسلَّم الثبوت ٢/ ٢٢٣، التقرير والتحبير ٣/ ١٤١، التلويح على التوضيح ٢/ ٦٣.

ومعنى أصل القاعدة: أنه إذا طرأت مشقة وتضايق الناس أو المرء من حكم شرعي في الأحوال العادية، جاز لهم الترخص في الأحكام وعدم التزام القواعد العامة المطردة، وخفف عليهم بأخذ الأيسر والأسهل، ما دام هناك حرج وضيق، لقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ٢/ ١٨٥]. فمعنى (ضاق) أي شقَّ ارتكابه لكثرة وقوعه، ومعنى (اتَّسع) أي ترخص الشخص وأخذ بالأيسر إذا كانت الضرورة قائمة.

ومن تطبيقاتها: أن المدين المعسر تؤجل مطالبته إلى وقت اليسار أو يسقط عنه الدين، لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٠].

وتقبل شهادة النساء والصبيان في الحمامات وكلّ موضع لا يحضره الرجال عادة، حفاظاً على الحقوق من الضياع.

وكذا تقبل عند الحنفية شهادة القابلة وحدها على الولادة لحفظ النسب.

ويباح للمرأة المعتدة عدة وفاة على زوجها: أن تخرج من بيتها أثناء العدة إذا اضطرت لاكتساب معيشتها.

وتفسخ الإجارة بالأعذار كما سأبين في نظرية الظروف الطارئة دفعاً للضرر عن المستأجر أو المؤجر.

وفي الطهارات: يتسامح في قليل النجاسة والدم مما يشق الاحتراز عنه، وأفتى بعض العلماء في قرية كثر كلابها بالعفو عن ملابستهم (أي الاختلاط بهم) وصحة صلاتهم، كما يجوز تخطِّي الجراد إذا عمَّ (أي المرور فوقه)، ويكتفى بغلبة الظن دون التزام الجزم والقطع في استقبال القبلة وطهارة المكان والماء والقضاء والشهادة.

ومعنى عكس القاعدة: أنه إذا زالت مقتضيات الضرورة، عاد الحكم الأصلي إلى الوجود.

ويلاحظ أن هذه القاعدة لا فرق فيها بين أن يكون الحرج أي الضيق عامّاً للناس، أو خاصّاً بالشخص، ما دامت المشقة غير معتادة ولا مألوفة، لقوله تعالى: ﴿فَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ٦٤/١٦]، وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا

وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢/٢٨٦]، إلا أن هذه القاعدة كسابقتها لا يعمل بها إذا عارضت نصّاً صريحاً وارداً في شأن قد يشق في الظاهر على الإنسان[١].

الفرق بين الحرج العام والخاص:

قال الشاطبي: **الحرج العام**: هو الذي لا قدرة للإنسان في الانفكاك عنه أو التخلص منه، مثل التغير اللاحق للماء بما لا ينفك عنه غالباً كالتراب والطحلب وشبه ذلك. ومثل الضرر الذي يلحق بالإنسان بسبب مجاعة عامة أو نزوح بسبب الحرب، أو أزمة اقتصادية مستحكمة سببت انقطاع المواد الأولية الاستهلاكية من الأسواق. وهذا لا خلاف فيه بين العلماء في أنه مسقط بسبب عمومه للأحكام العادية.

والحرج الخاص: هو الذي يمكن للإنسان الانفكاك عنه، كما إذا كان التغير اللاحق للماء خاصّاً ببعض المياه. وهذا النوع مختلف بين الفقهاء في تأثيره على إسقاط الأحكام العامة. ومن أمثلته الاختلاف في ماء البحر: هل هو طهور أم لا؟ لأنه متغير خاص بماء معين؛ والاختلاف في تغير ماء خاص بعينه بتفتت الأوراق فيه.

فإن قال رجل: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فهذا من الحرج العام، فيسقط أثره عند المالكية والشافعية. وقال الحنفية: إذا تزوج امرأة تطلق لوجود الشرط، أما لو تزوجها ثانياً فلا تطلق، لأنه إذا ضاق الأمر اتَّسع، ولأن كلمة (كل) توجب عموم الأسماء، أي كل ما يوصف بأنه امرأة، ولا توجب عموم الأفعال وتكرارها[٢]. وإن قال: كلّ امرأة أتزوجها من بني فلان، أو من البلد الفلاني، فهذا من الحرج الخاص الذي جرى فيه الخلاف، فاعتبره بعض الفقهاء ولم يعتبره بعضهم الآخر.

---

(١) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٥ وهامشه ١٤٧ وما بعدها، قواعد الأحكام ٢، الأشباه لابن نجيم ١/١١٧، الموافقات ٢/١٥٩، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ١٣٧، شرح المجلة للأتاسي ٥١، للمحاسني ٥٠، أصول الفقه لخلاف ٢٤٩، المدخل للزرقاء: ف ٥٩٩.

(٢) البدائع ٣/٢١.

ولا يصح عند تصوير الخلاف في عموم الحرج وخصوصه أن يراد بالعموم والخصوص: ما كان عامّاً للناس كلهم، وما كان خاصّاً ببعض الأقطار أو بعض الأزمان، أو بعض الناس، وما أشبه ذلك؛ لأن أحكام الشريعة بعد استقرارها، لها صفة العموم لكل إنسان، أو لكل من تحقق فيه وصف معين غير منحصر بواحد من الناس، فالتشريع لا يكون لإنسان وحده، أو لقوم مخصوصين، فهذا غير متصور في الشريعة كما أبان الشاطبي، إلا ما اختص به النَّبي ﷺ من الخصوصيات[١]، أو خصَّ به أحد أصحابه، كالسماح لأبي بردة بتضحية الْعَناق عن الجذعة[٢]، والإذن لسلَمة بن صخر البياضي بإطعام أهله كفارته عن الوقاع في رمضان، وقبول شهادة خزيمة وحده، أو خصص بزمن معين أو مكان معين كنهيه عليه الصلاة والسلام عن ادِّخار لحوم الأضاحي زمن الدافة[٣]، وكتخصيص الكعبة بالاستقبال، والمساجد الثلاثة بما اشتهر من فضلها على سائر المساجد، فهذا كله مختص بزمان النُّبوة، وفي فترة وجود الوحي، لا بعد ذلك[٤].

وهذا المعنى وهو عموم التشريع ملحوظ في سنِّ القانون، فإن من خصائص القاعدة القانونية كما هو معلوم: أن تتوافر لها صفة العمومية والتجريد، فلا ينظر فيها إلى شخص أو أشخاص معينين بالاسم، ولا إلى واقعة أو وقائع محددة بالذات، بل هي تنصرف إلى كلّ شخص أو واقعة توافرت لهما شروط تطبيقها[٥].

٣ - الضرورات تبيح المحظورات (م/٢١ مجلة):

هذه القاعدة مفرعة على قاعدة «الضرر يزال» أي يجب رفعه وإزالة آثاره وهي

---

(١) كاختصاصه ﷺ بوجوب صلاة الضحى والأضحى والوتر والتهجد بالليل، والتزوج بأكثر من أربع نساء لمصلحة نشر الإسلام، وتحريم زوجاته على غيره من بعده.

(٢) العناق: الأنثى من ولد المعز قبل استكمالها السنة. والجذعة: ولد الشاة في السنة الثانية.

(٣) الدافَّة: قوم من الأعراب قدموا من السفر على المدينة المنورة، فنهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن الادِّخار حينذاك ليأكل هؤلاء القادمون من الأضاحي.

(٤) راجع هذا البحث كله في الموافقات ٢/ ١٥٩ - ١٦٢.

(٥) محاضرات في نظرية القانون للدكتور علي إمام ١٢.

التي تستند إلى قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[١]، أي لا يباح في الإسلام الضرر ولا الإضرار، والمعنى: لا يباح إدخال الضرر على إنسان فيما تحت يده من ملك أو منفعة غالباً، ولا يجوز لأحد أن يضرَّ غيره، والأدق في المعنى: أنه لا يضر أحد غيره، ولا يقابله أو يجازيه بالضرر.

قال العز بن عبد السلام: الضرورات مناسبة لإباحة المحظورات جلباً لمصالحها، كما أن الجنايات مناسبة لإيجاب العقوبات درءاً لمفاسدها[٢].

ودليل هذه القاعدة الآيات الواردة في مشروعية الضرورة، منها قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ٦/ ١١٩]، أي دعتكم شدة المجاعة إلى التناول من الحرام، والاستثناء من التحريم إباحة، كما ذكر الكاساني في (البدائع).

ومعناها: أن حالات الاضطرار أو الحاجة الشديدة تجيز ارتكاب المحظور، أي المنهي شرعاً عن فعله، فكل ممنوع في الإسلام ما عدا حالات الكفر والقتل والزِّنا يستباح فعله عند الضرورة إليه، بشرط ألا ينزَّل منزلة المباحات والتبسطات، فيتناول المضطر من الحرام بمقدار دفع السوء والأذى، ولا يزيد على ذلك.

والضرورة بالمعنى الضيق كما عرفنا هي الحالة المحدقة بالإنسان في ظرف سيئ والتي تحمله على ارتكاب المحرم الممنوع شرعاً للمحافظة على نفسه من الهلاك، أو ماله من الضياع، أو لدفع أذى لا يحتمل إما يقيناً أو ظنّاً. والأخذ بقاعدة الضرورات في الأحوال الاستثنائية لاستباحة المحرم دليل على أن الإسلام قدَّر واقع الإنسان وضعفه ومقتضيات الحياة التي يواجهها.

والإباحة المقصودة هنا هي إجمالاً رفع الإثم والمؤاخذة الأخروية عند الله تعالى، وقد ينضم إليه امتناع العقاب الجنائي كما في حالة الدفاع عن النفس

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ مرسلاً عن عمرو بن يحيى عن أبيه، وأخرجه الحاكم في المستدرك والبيهقي والدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري، وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت.

(٢) قواعد الأحكام ٢/ ٣.

والإكراه على الزِّنا، أما إذا كان المحظور متعلقاً بحق مالي للغير، فهو وإن أبيح ارتكابه للضرورة، فلا يمنع من الضمان أو المسؤولية المدنية، فمن أتلف مالاً لغيره بالإكراه أو استهلك مالاً لغيره عند الاضطرار، فهو مطالب بضمان قيمة ذلك المال، كما سأبيِّن في حكم الضرورة. وإن كان المحظور اعتداء على النفس وهو القتل بدون حق كما في حالة الإكراه، فإنه يطبق العقاب الجنائي على المستكره أو على المكره حسب الخلاف الذي ذكرته بين علماء المذاهب.

وتتوضح القاعدة بالأمثلة الآتية[1]:

١ - يجوز كما عرفنا في ضرورة الغذاء تناول الميتة والدم والخمر والخنزير عند الجوع والعطش والغصة باللقمة إذا لم يجد غير المحرم من المباحات. وكذا يجوز في هذه الحالات أخذ مال الغير على أن يضمن قيمته، حفاظاً على نفسه من الهلاك، أو دفعاً لأذى محقق قد يصيبه إذا امتنع من الحرام.

٢ - يباح - كما تقدم - في ضرورة الدواء كشف العورة للطبيب بقصد التداوي، وللحجام أن ينظر فرج البالغ عند الختان، ومثله القابلة عند الولادة.

٣ - يرخص في إتلاف مال المسلم عند الاضطرار الملجئ، كما إذا أشرفت سفينة على الغرق لكثرة حمولتها، فإنه يباح في هذه الحالة إتلاف المال وإلقاؤه في البحر حفظاً للسفينة وإنقاذاً لركابها، ولكن يجب عندئذ ضمان القيمة لا المثل، حتى وإن كان المال مثلياً.

وكذلك يباح إتلاف مال الغير أو التناول منه عند الإكراه على أن يضمن المتلف أو المتناول قيمته، ويجوز للدائن أخذ مال المدين المماطل في الأداء بغير إذنه ولو بكسر بابه، كما أوضحت في حالة الظفر بالحق.

---

(١) الدّر المختار ٥/ ٢٨٣، المنتقى على الموطأ ٥/ ١٧ - ١٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ١١٨ وما بعدها، للسيوطي ٧٦ وما بعدها، مخطوط قواعد الزركشي: ق ١٣٧، نسخة أخرى منه بعنوان: «قواعد تضبط للفقيه أصول مذهبه»: ق ١٤٠، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ١/ ٧٩، ٢/ ١٥٩، ط الاستقامة بالقاهرة، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ٢٨٨، ٣٣٥ وما بعدها.

ويجوز هدم بناء أو حائط للضرورة، كأن ينشب حريق في مكان، وتتطلب المصلحة ذلك، بشرط أن يتم الهدم بإذن الحاكم. وإلا وجب الضمان على الهادم.

٤ - يجوز التلفظ بالكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان في حالة الإكراه التام أو الملجئ.

٥ - إذا عمَّ الحرام قطراً بحيث لا يوجد فيه حلال إلا نادراً، فإنه يجوز استعمال ما يحتاج إليه الإنسان، ولا يقتصر في ذلك على قدر الضرورة، ولكن قال الإمام الرازي الشافعي: ولا يتبسط في ذلك كما يتبسط في الحلال، بل يقتصر على قدر الحاجة دون أكل الطيبات ونحوها من الكماليات. وعلّل العز بن عبد السلام جواز تناول الحرام حينئذ دون أن يقتصر التحليل على الضرورات بقوله: «لأن المصلحة العامة كالضرورة الخاصة، ولو دعت ضرورة واحدٍ إلى غصب أموال الناس، لجاز له ذلك، بل يجب عليه إذا خاف الهلاك لجوع أو حرّ أو برد؛ وإذا وجب هذا لإحياء نفس واحدة، فما الظن بإحياء نفوس؟!»[1]. وعلى هذا، فلا يجوز لمسلم أن يتوظف في مكان يحرم فيه العمل إلا للضرورة مثل التوظف في البنوك والخمارات والمراقص والملاهي والمؤسسات المعادية للمسلمين ونحو ذلك، ومن الضرورة في هذه الحالات في تقديري الاحتفاظ بالأموال في أيدٍ أمينة موثوق بها شرعاً، ولا نترك أموالنا بيد غيرنا.

٦ - يجوز دفع الصائل حيواناً كان أم إنساناً إذا هجم على شخص، حتى ولو أدى إلى قتله.

ولو صال الصيد على محرم في الحج، فقتله دفاعاً عن نفسه، لا ضمان عليه، لأن الطائر بالصيال التحق بالمؤذيات[2]، وهي التي ذكرها رسول الله ﷺ بقوله:

---

(١) قواعد الأحكام، المرجع السابق ٢/ ١٦٠.

(٢) يستحسن أن أذكر هنا تفصيل حكم قتل الحيوان عموماً، كما أبان الشافعية إذ كثيراً ما أسأل عنه بمناسبة قتل الكلاب والحمير السائبة. قال الشافعية: قتل الحيوان على أربعة أقسام:
أحدها - ما فيه نفع بلا ضرر، فلا يحرم قتله.
ثانيها - ما فيه ضرر بلا نفع، فيستحب قتله كالحيات والسباع المؤذية والفواسق الخمس، ومنه العناكب، لأنها من ذوات السموم، كما قال بعض الأطباء. =

«خمسٌ فواسق يقتلن في الحلِّ والحرام: الحية، والعقرب، والحدأة، والفأرة، والكلب العقور»[١].

٧ - يجوز دخول المنازل بغير إذن صاحبها في حالات الضرورة كالدخول لقتال العدو منها أو لأخذ متاع ساقط فيها أو لإصلاح مجرى ماء له حق في إمراره منها، أو لإلقاء القبض على المفسدين أو المجرمين المختبئين فيها، بدليل أن سيدنا عمر هجم على نائحة بالمدينة في بيتها، وضربها حتى سقط خمارها، فقيل له في ذلك، فقال: لا حرمة لها بعد اشتغالها بالمحرَّم والتحقت بالإماء، ولأن مواضع الضرورة مستثناة كما قال ابن عابدين[٢].

ويجوز أيضاً ديانة التصرف في مال الغير للضرورة أو الحاجة كشراء الوالد والولد من مال المريض ما يحتاجه من مال بدون إذنه.

٨ - يجوز إتلاف شجر الأعداء، وتخريب ديارهم، وإتلاف الحيوان الذي يقاتلون عليه، والتحريق والتغريق والضرب بوسائل القتال الثقيلة إذا اقتضت الضرورة أو الحاجة الحربية ذلك، لدفع عدوانهم أو الظفر بهم، ولقوله تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ ٱللَّهِ وَلِيُخْزِىَ ٱلْفَـٰسِقِينَ ۝٥﴾ [الحشر: ٥٩/ ٥]. وقال الشاطبي[٣]: يجوز إعطاء الرشوة لدفع الظلم إذا لم يقدر على

= ثالثها - ما فيه نفع من وجه دون وجه: كالصقر والبازي والشاهين والعقاب، أي النسر ونحوها كالفهد وسائر السباع التي تصيد، فلا يستحب قتله، لما فيه من المنفعة، ولا يكره قتله للضرورة، وذكر النووي في الروضة: أنه يحرم قتل الكلب المعلَّم، وهو خلاف ما نصَّ عليه الشافعي في (الأم).

رابعها - ما لا نفع فيه ولا ضرر كالخنافس والديدان والفَراش وغيرها، فلا يحرم قتلها لعدم نفعها، ولا يستحب لعدم ضررها (راجع مخطوط القواعد التي تضبط للفقيه أصول مذهبه للزركشي: ق ٩٧).

(١) رواه أبو داوود عن أبي هريرة بلفظ قريب من هذا، ورواه آخرون بألفاظ أخرى.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم في الرسالة الثالثة عشرة ٤٨، فتح القدير ٥/ ٥٠٥، ردّ المحتار ٥/ ١٤٠.

(٣) الموافقات ٢/ ٣٥٢، وانظر شرح السير الكبير ٤/ ٤، المبسوط ١٠/ ٨٧، البحر الزّخار ٥/ ٤٤٦، القوانين الفقهية لابن جزي ١٥٥، الخرشي ٣/ ١٧٤ وما بعدها، ط الأولى، نهاية المحتاج ٧/ ٢٣٦، بجيرمي المنهج ٤/ ٢٥٩.

دفعه إلا بذلك، وإعطاء المال للمحاربين وللكفار في فداء الأسارى ولمانعي الحاج حتى يؤدوا خراجاً، دفعاً للضرر بارتكاب المعصية. ويجوز قتل من تترس بهم الأعداء سواء أكانوا مسلمين، أم من نسائهم وأطفالهم (أي الأعداء) سدّاً للذرائع ودحضاً للحيلة والمكر والخداع في الحرب.

٩ - يجوز عند الشافعية نبش قبر الميت بعد دفنه للضرورة بأن دفن بلا غسل أو لغير القبلة، أو في أرض أو ثوب مغصوبين، ولا يجوز نبشه للتكفين في الأصح، ولا ليدفن عليه آخر. وقال الحنفية: لو دفن بلا تكفين لا ينبش منه، لأن مفسدة هتك حرمته أشد من عدم تكفينه الذي قام الستر بالتراب مقامه. وقالوا أيضاً: لو دفن بلا غسل وأهيل عليه التراب، صلِّي على قبره، ولا يخرج.

١٠ - إذا عمَّت البلوى بالنجاسات يرتفع حكمها ويزول تأثيرها على المصلي بإبطال صلاته مثلاً. قال النووي: لو عمت البلوى بذرق الطيور، وتعذر الاحتراز عنه، عفي عنه، كطين الشارع، وتصح الصلاة معه. وقال أبو إسحاق الشيرازي: يعفى عن ذرق الطيور في المساجد.

وأجاز بعض المالكية بيع النجاسات التي تدعو الضرورة إلى استعمالها كالرجيع والزّبل الذي يتخذ في البساتين، ولا بأس عند الحنفية بيع روث البهائم لتسميد الأرض، ويكره بيع العَذِرة (رجيع الآدمي)، والصحيح عندهم جواز بيع المتنجس كالزيت الذي خالطته نجاسة[(١)].

وأجاز ابن تيمية طواف الحائض والجنب والمحدث في الحج، للضرورة أو الحاجة كالاضطرار إلى السفر مع جماعة، وعلى الطائف حينئذ دم[(٢)].

١١ - لو ولَّى الحاكم في الوظائف العامة أو القضاء غير كفء لها، نفذ أمره أو قضاؤه للضرورة. قال ابن تيمية[(٣)]: ليس على الحاكم أن يستعمل إلا أصلح الموجود، وقد لا يكون في موجوده من هو صالح لتلك الولاية، فيختار الأمثل فالأمثل في كلّ منصب بحسبه، وإذا فعل ذلك بعد الاجتهاد التام وأخذه للولاية

(١) بداية المجتهد ٢/ ١٢٥، تكملة فتح القدير ٨/ ١٢٢، الدّر المختار ٥/ ٢٧٢.
(٢) فتاوى ابن تيمية ٢/ ٤٣٦ - ٤٥٦ وبالذات ص ٤٤٧، ٤٥٦.
(٣) السياسة الشرعية ١٣، ٢١.

بحقها، فقد أدى الأمانة وقام بالواجب في هذا، وصار في هذا الموضع من أئمة العدل والمقسطين عند الله، وإن اختلَّ بعض الأمور بسبب من غيره إذا لم يمكن إلا ذلك، فإن الله يقول: ﴿فَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ٦٤/١٦]، ويقول: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢/٢٨٦].

ثم قال ابن تيمية: «ومع أنه يجوز تولية غير الأهل للضرورة إذا كان أصلح الموجود، فيجب مع ذلك السعي في إصلاح الأحوال، حتى يكمل في الناس ما لا بدّ لهم من أمور الولايات والإمارات ونحوها، كما يجب على المعسر السعي في وفاء دينه، وإن كان في الحال لا يطلب منه إلا ما يقدر عليه، وكما يجب الاستعداد للجهاد بإعداد القوة ورباط الخيل في وقت سقوطه للعجز، فإن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب».

١٢ - يجوز لولي الأمر العادل أن يفرض للضرورة قيوداً على الملكية الخاصة، فيحددها بمقدار معين، أو ينتزعها من أصحابها مع دفع تعويض عادل إذا كان ذلك في سبيل المصلحة العامة كتوسعة طريق أو مجرى نهر، كما تمَّ هذا فعلاً في عهد سيدنا عمر وسيدنا عثمان ومن تلاهما من نزع ملكية بعض الدور المحيطة بالحرم المكي لتوسعته، جبراً عن أصحابها، مع دفع ثمنها بالعدل والقسط[١]، ومن المقرر عند الفقهاء أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة، وأن لولي الأمر أن ينهي إباحة الملكية بحظر يصدر منه لمصلحة تقتضيه، فيصبح ما تجاوزه أمراً

---

(١) نص الفقهاء على أنه لا ينزع الملك من يد المالك إلا باختياره كعقد البيع أو بمسوغ شرعي يوجب نزع الملك جبراً عنه، وذلك في صورتين:
الأولى - أن يكون محتاجاً إليه للمنفعة العامة كتوسيع الطريق العام، على أن يعطي ثمنه بتقدير الخبراء العدول، وتراعى مصلحة الوقف إذا أخذ عقاره للمصلحة العامة، فيستبدل به ما هو أكثر نفعاً منه.
الثانية - أن يكون مديناً وامتنع من أداء الدين بنفسه بعد ثبوته عليه شرعاً. ويبدأ في البيع بالأيسر فالأيسر. وبناء عليه، يوفى الدين من النقود إن وجدت، فإن لم توجد بيعت المنقولات ثم العقارات. هذا هو رأي الصاحبين المفتى به عند الحنفية. وقال أبو حنيفة: لا يحجز على المدين لأن الحجز إهدار للأهلية (راجع ردّ المحتار والدّر المختار ٣/ ٢٨١، مذكرات عن المعاملات للمرحوم زيد الأبياني ٢٠ وما بعدها).

محظوراً؛ لأن طاعة أولي الأمر واجبة[١] بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْۖ﴾ [النساء: ٥٩/٤]، وأولو الأمر: الأمراء والولاة كما روى ابن عباس وأبو هريرة، وقال الطبري: إنه أولى الأقوال بالصواب.

ويمكن أن يجعل مسوغاً لتنظيم الملكية أو تقييدها بناء على هذه القاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) كون صاحبها مانعاً لحقوق الله تعالى فيها، أو اتِّخاذها طريقاً للتسلط والظلم والطغيان، أو التبذير والإسراف وتبديد الأموال، أو إشعال نار الفتن والاضطرابات بين الناس، أو الاحتكار والتلاعب بالأسعار، ومحاولة تهريب الأموال إلى خارج البلاد، أو دفع ضرر فقر حقيقي أَلَمَّ بفئة من الناس، أو لإهدار الأموال المجموعة من الرِّبا والفوائد، وذلك بشرط أن يكون هذا إجراءً استثنائياً مرهوناً بوقت الحاجة، لا تشريعاً دائماً، وبشرط ألا يهتدم رأس المال من أصله.

ويجوز دخول ملك الغير للانتفاع أو الارتفاق بملكه للضرورة، كإجراء الماء في أرض الغير أو المرور ونحوهما من حقوق الارتفاق[٢]، وهي عند الحنفية ستة: حق الشِّرب، والطريق، والمجرى، والمسيل، والتعلي، والجوار، وإلا كان ذلك تعسفاً في استعمال الحق وإضراراً بالآخرين بدون مصلحة. ويدل لذلك في الجملة ما رواه مالك في الموطأ[٣] في قصة الضحاك بن خليفة وأرض محمد بن مَسْلمة الذي أبى أن يُمر الضحاك في أرضه ماء، فقال له عمر: «لم تمنع أخاك ما ينفعه، وهو لك نافع، تسقي به أولاً وآخراً، وهو لا يضرك؟! فقال محمد: لا والله، فقال عمر: **والله ليمرّن به ولو على بطنك**».

ويجوز أيضاً دخول بيت الغير للضرورة، بل ولا يضمن أحياناً الضرر الحادث بالضرورة، قال الحنفية[٤]: لا يجوز دخول بيت إنسان إلا بإذنه إلا في الجهاد

---

(١) انظر بحث أستاذنا الشيخ علي الخفيف (الملكية الفردية وتحديدها في الإسلام) ١١٣، ١٢٨ وما بعدها، المنشور في كتاب المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة.

(٢) ردّ المحتار ٥/ ١٤٠.

(٣) الموطأ ٢/ ٢١٨.

(٤) الدّر المختار وردّ المحتار ٥/ ١٤٠.

لمقاتلة العدو منه أو نحو ذلك، وفيما إذا سقط ثوب إنسان في بيت غيره وخاف لو أعلمه أخذه، فإن لم يخف أخذه، لم يجز من غير ضرورة. ومثله: لو نهب منه الثوب ودخل الناهب داراً فلا بأس بدخولها ليأخذ حقه، لأن مواضع الضرورة مستثناة. وفي عدم الضمان قالوا: لو ركب شخص دار غيره لإطفاء حريق وقع في البلد، فانهدم شيء بركوبه، لم يضمن، لأن ضرر الحريق عام، فكان لكل واحد دفعه.

١٣ - يباح كما بيَّنا سابقاً للحاكم العادل أن يصدر تشريعاً ضريبياً يسنُّ به ضريبة جديدة على الرعية الأغنياء، حسبما يرى وعاء مناسباً للضريبة من دخل وإنتاج وعقار وسلع استهلاكية، وبما تقتضيه الضرورة وتتطلبه حاجات البلاد ويستلزمه دعم الجيش بالعتاد والسلاح الملائم لظروف الحرب والمعارك الحديثة. قال الشاطبي[1]: «إذا قررنا إماماً مطاعاً مفتقراً إلى تكثير الجنود لسدِّ الثغور، وحماية الملك المتسع الأقطار، وخلا بيت المال، وارتفعت حاجات الجند إلى ما لا يكفيهم، فللإمام إذا كان عدلاً أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافياً لهم في الحال، إلى أن يظهر مال بيت المال، ثم إليه النظر في توظيف ذلك على الغلات والثمار وغيرها، كيلا يؤدي تخصيص الناس به إلى إيحاش القلوب».

١٤ - أفتى المالكية والحنفية وفقهاء المدينة السبعة بجواز التسعير الجبري العادل للضرورة، رحمة بالناس وتخفيفاً للشدة عنهم، ومحافظة على أموال الناس، ورعاية للمصلحة العامة، وتحقيقاً للعدل المطلق الذي قامت به السماوات والأرض. وقد أجاز فقهاء الحنفية هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة كالحمام والبيت الصغير والجوهر للضرورة، لأنه قد يحتاج إلى هبة بعض ذلك، ويكتفى بالتخلية مقام القبض. أما ما يحتمل القسمة كالدار والبيت الكبير، فلا تصح هبته عندهم خلافاً لجمهور الفقهاء لعدم الضرورة، إذ لا يمكن للواهب قسمة المشاع وتسليم الجزء الموهوب.

---

(١) الاعتصام ١٢١/٢.

التعامل مع المصارف:

١٥ - أباح أبو حنيفة ومحمد أخذ مال الحربي ولو بالطرق غير المشروعة كالرِّبا والقمار والغصب والعقد الفاسد، لأن المال أخذ برضاهم. وذكر فقهاء الحنفية[١] أنه يجوز للمحتاج الاستقراض بالرِّبح أي بالفائدة، ومن هنا وجد بعض العلماء (المتحررين) سبيلاً لإباحة التعامل مع المصارف بفائدة معينة، أو مع الشركات بواسطة السندات وهي القروض التي تقدم لهذه الشركات بفائدة مقطوعة أو محددة، لا تتبع الربح والخسارة.

وأباح بعضهم أخذ الفوائد على المال المودع في صندوق التوفيز، مع العلم بأن عقد الإيداع - لو صحَّ وصف هذا العمل إيداعاً - لا يسوِّغ للوديع استعمال واستثمار المال المودع لديه حسب قواعد الشريعة.

وذكر بعض آخر تمشياً مع تطور النظم الاقتصادية وما تقتضيه الحضارة الحديثة أن الرِّبا المحرم: هو الذي يكون في القروض الاستهلاكية لا الإنتاجية، ولكن من المتعذر التمييز في كلّ حال على حدة بين قروض الإنتاج التي تباح فيها الفائدة المعقولة، وقروض الاستهلاك التي لا تجوز فيها الفائدة أصلاً، ولذا فإني أرى تعميم التحريم حيث لا فرق في نص تحريم ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٧٥] بين قرض إنتاجي وآخر استهلاكي.

ومستند هؤلاء جميعاً هو إما الضرورة الملحة أو الحاجة[٢]، ومعنى الضرورة كما تقدّم: هو أن الإنسان لو امتنع عن الاقتراض بفائدة لأدى ذلك إلى هلاك النفس أو للوقوع في ضرر محقق، أو بعبارة أخرى: هي التي من شأنها أن تبيح الميتة والدم ونحوهما. وأما الحاجة: فمعناها الوقوع في العسر والضيق والصعوبة لو لم يتناول الحرام، أو هي كما قال ابن القيم: مصلحة راجحة في صورة معينة

---

(١) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٢، شرح السير الكبير ٣/ ٢٢٣، البدائع ٥/ ١٩٢، ردّ المحتار ٣/ ٢٧٣، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ٣٤٦.

(٢) راجع الفتاوى للشيخ محمود شلتوت ٣٥١ - ٣٥٥، علم أصول الفقه للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ٢٤٩، مصادر الحق للسنهوري ٣/ ٢٢٧ وما بعدها، ٢٤١.

من صور الرِّبا تفوت إذا بقي التحريم على أصله. فإذا كانت هناك ضرورة أو حاجة شديدة، جاز دفع الفائدة على القرض، ولكن ينبغي الاقتصار على موطن الحاجة الماسَّة دون التوسع في الكماليات كتوسيع مصنع أو زيادة حجم المبادلات التجارية، ونحو ذلك مما يعد رفاهاً اقتصادياً أو لمجرد المنافسة مع بقية التجار.

وإني بالرغم من تقديري نسبياً لهذه المحاولة إلا أنني أوصي بعدم استباحة الفائدة احتياطاً وورعاً في الدين، إلا في حدود الضرورة بالمعنى الضيق، وهو افتراض نادر جداً، لأن تحريم الرِّبا أصل أساسي من أصول الإسلام الاقتصادية التي حطم بها طغيان رأس المال، والقول بجواز أخذ الفائدة اجتهاداً في حدود ٧٪ مثلاً مصادم للنص القطعي بتحريم الرِّبا الذي لا يحتمل التأويل، مما جعل الإسلام هو النظام الأمثل الذي يتلاءم مع مقتضيات كلّ ظروف التطور والحضارة، علماً بأن الإحصاءات والوقائع التجريبية دلَّت على أن المقترضين بالفائدة يطول بهم الأمد للتخلص من القروض وفوائدها، ويغلب في الواقع عجزهم عن سداد الفوائد المتراكمة، مما يضطرهم هذا العجز في النهاية إلى حجز أو بيع أراضيهم الزراعية وأملاكهم التي اقترضوا المال من أجلها ليصرف في مصالح الزراعة والإنتاج.

ودليل التحريم العام القاطع للربا ولو بنسبة ١٪ قول الله تعالى: ﴿يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰا۟ وَيُرْبِى ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [البقرة: ٢/٢٧٦]، ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَا۟ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرْبُوا۟ عِندَ ٱللَّهِ﴾ [الروم: ٣٠/٣٩]، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا۟ فَأْذَنُوا۟ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾﴾ [البقرة: ٢/٢٧٨-٢٧٩]. وعلى هذا فما يؤخذ من الفائدة لدى حسم (خصم) الكمبيالة[1]، أي دفع قيمتها حالاً يعدّ حراماً، إذ إنه رباً مقابل الأجل لتأخر ميعاد استحقاق دفع قيمة الكمبيالة عادة.

التأمين:

وكذلك أنصح بعدم الإقبال على التعامل مع شركات التأمين بالوضع الحاضر إلا إذا كان مفروضاً من الحكومة على الأشخاص ضدّ الحوادث، لما في العوض

---

(١) راجع أصول البيوع الممنوعة ١٢٠ وما بعدها.

المدفوع للمستأمن عند وقوع الخطر من حرمة محققة أو شبهة محرمة، لاشتمال العقد على غرر كثير، لأن الخطر وهو الحادثة المحتملة أحد أركان عقد التأمين، ولذا لا يجوز التأمين قانوناً إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع، ولأن الحاجة إلى التأمين بقسط ثابت غير متعينة لإمكان الأخذ بنظام التأمين التعاوني؛ بل إن مجرد جعل عقد التأمين جائزاً عند القائلين بجوازه، لما فيه من ترميم للأضرار، وتعاون على احتمالها[١]، لا يعني إباحة الأعواض المدفوعة المتجمعة في الغالب من الرِّبا الصريح.

فإن كان التأمين تعاونياً أو اجتماعياً وليس التأمين ذا القسط الثابت، كما تفعله الهيئات والجمعيات والنقابات، حيث يدفع الشخص اشتراكاً شهرياً على وجه التبرع دون أن يشترط إعطاءه مبلغاً معيناً عند وقوع حادث له، فهذا جائز شرعاً، لاتفاقه مع مبدأ الإسلام في التعاون على البر، ويستثمر الباقي من التبرعات ويوزع الربح على المتبرعين، وليس لشركة التأمين.

١٦ - في نطاق الأهلية والذِّمة المالية والوصاية والوقف: قرّر الفقهاء أن الجنين تثبت له بعض الحقوق الأدبية والمادية للضرورة حفاظاً على مصلحته، وهي الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول، وهي ثبوت النسب من أبويه، والإرث، واستحقاق الموصى له به وغلات الوقف، وما يقرّ له به من حق عن طريق الوصية أو الإرث، وصحّح المالكية أيضاً الإقرار للجنين بهبة أو صدقة.

وأما ما عدا ذلك من التملك بالشراء أو الهبة، فلا يثبت للجنين لعدم الضرورة ولاحتياج ذلك إلى القبول المترتب عليه الالتزام بالثمن وهو ليس أهلاً له.

ولا يجوز للوصي على القاصر أن يبيع عقار الصغير إلا لضرورة أو لسبب يقتضيه كوفاء دين لا يمكن أداؤه إلا ببيع العقار[٢].

---

(١) ردّ المحتار لابن عابدين ٣/ ٢٧٣، المدخل الفقهي: ف ٢٨٩/ ٢، وعقد التأمين للأستاذ مصطفى الزرقا، التأمين في القانون المصري والمقارن لأستاذنا الدكتور عبد المنعم البدراوي، أصول البيوع الممنوعة للأستاذ عبد السميع إمام ٧٤، الغرر وأثره في العقود للدكتور محمد الصدِّيق الضرير ٦٤٦ وما بعدها.

(٢) بيع عقار الصغير لا يجوز إلا في مواضع: =

قال ابن حزم[(١)]: ولا يحل بيع (أي شراء) من لم يبلغ إلا فيما لا بدَّ له من ضرورة، كطعام لأكله، وثوب يطرد به عن نفسه البرد والحر، وما جرى هذا المجرى إذا أغفله أهل محلته وضيعوه.

ولوصي الأب والجد أن يأذن بختان الصغير وحجامته ومداواته وإجراء العمليات الجراحية له، ويقوم بقبض الموهوب له، ويشتري ويبيع ويؤجر داره للضرورة.

وللوصي إذا كان محتاجاً أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف، وله أن يركب دوابه أيضاً.

وللأوصياء المصانعة في أموال اليتامى: وهي أن يدفع الوصي شيئاً من مال الأيتام لظالم، ليدفع شرّه بالقليل عن الكثير[(٢)]، وإليه أشار القرآن الكريم: ﴿أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِي ٱلْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا﴾ [الكهف: ١٨/٧٩] فإن الله أجاز التعييب في مال اليتيم مخافة أخذ المتغلب.

وافترض جمهور الفقهاء أن الذمة تظل باقية بعد موت صاحبها كما كانت حال الحياة، حسبما تقتضيه الضرورة، لتسوية الحقوق وثبوت الأحكام، فيتمكن الورثة من وفاء الديون والالتزامات المترتبة على الشخص حال الحياة، وتصفية الحقوق المالية المتعلقة بالتركة قبل توزيعها بين الورثة، وتملك الأشياء التي كان المتوفى سبباً في امتلاكها قبل أن يموت.

= الأول - أن يكون خيراً لليتيم، وذلك أن يبيعه بضعف القيمة.
الثاني - إذا كان الخراج والمؤنات لا تفي بالغلات.
الثالث - إذا كان على الميت دين لا يفي غير العقار بذلك الدين.
الرابع - إذا كان هناك وصية مرسلة كألف أو ألفين.
الخامس - إذا كان بالصغير حاجة إلى الثمن لأجل النفقة، فإذا لم يكن شيء من ذلك لا يجوز. (الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ٧٠) نقلاً عن الفتاوى الخانية، تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ٣٢٣، والفتاوى الهندية ٣/ ١٥٤.

(١) المحلى ٩/ ٢٦.

(٢) مجمع الضمانات ٣٩٧.

وقد يثبت حق الامتياز لبعض الديون للضرورة، فيقدَّم على بقية الديون، مثل تقديم حق نفقة تجهيز الميت وتكفينه على ديونه، وتقديم دين النفقة في قانون الأحوال الشخصية للزوجة والأولاد الصغار على بقية الديون العادية في الاستيفاء[١].

ويجوز بيع العقار الموقوف واستبداله عند الضرورة وتعيين ذلك بشروط هي: أن يتعطل الانتفاع بالموقوف بالكلية، وألا يكون هناك ريع للوقف يعمر به، وألا يكون البيع بغبن فاحش، وأن يكون المستبدل قاضياً عدلاً ثقة في دينه وعلمه وعمله، وأن يحلَّ محلَّه عقار آخر يشتري بالثمن إن كان نقوداً، حتى تتحقق مصلحة الوقف[٢].

١٧ - من المعروف أن يد الوديع على الوديعة هي يد أمانة باتفاق علماء المذاهب، فلا يجب عليه ضمان التلف إلا بالتعدي أو بالتقصير، ومن حالات الضمان مطلقاً عند التلف: تسليم الوديعة إلى غيره بدون عذر أو ضرورة، لأن المودع ارتضى بحفظ الوديع الذي سلَّمه الوديعة دون حفظ غيره، فإن كان هناك ضرورة لدفع الوديعة إلى الغير، لا يضمن، كأن وقع في داره حريق، أو كان في سفينة، فخاف الغرق، أو فاجأهم لصوص أو قراصنة، وخاف الوديع على الوديعة فسلَّمها إلى غيره، أو ألقاها إلى سفينة أخرى؛ لأن التسليم في هذه الحالة تعين طريقاً للحفظ، إذا لم يجد بدّاً مما فعل، فإن وجد طريقاً آخر لحفظ الوديعة عند عياله مثلاً ومع ذلك سلَّمها للأجنبي ضمن[٣].

وأجاز الحنفية الاستئجار على بعض الطاعات كتعليم القرآن بأجر للضرورة، استثناء من قاعدتهم المقررة: «لا يستحق الأجر من استؤجر على الطاعة»[٤].

---

(١) راجع الشرح الكبير للدردير ٣/ ٢٩٨، التقرير والتحبير ٢/ ١٦٦، مرآة الأصول ٢/ ٤٢٥، فواتح الرحموت ١/ ١٥٦، العناية بهامش تكملة الفتح ٨/ ٥٠٠، المدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقاء: ف ٤١٧، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة له: ف ١٢، ١٢٦، ١٢٧، الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى ٣١٩

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية ١/ ١١٧، ردّ المحتار ٣/ ٤٢٥ وما بعدها.

(٣) البدائع ٦/ ٢٠٨، المبسوط ١١/ ١٢٥، ١٣٢، تكملة فتح القدير ٧/ ٩١، مجمع الضمانات ٧٧ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥١٦

(٤) ردّ المحتار ٣/ ٢٦٢، القواعد الفقهية للحمزاوي ٧٥، ٢٨٤.

وأباح الفقهاء إجارة المرضع للبنها للضرورة في الحضانة[١]، استثناء من مبدأ كون الإجارة التي يجوز فيها المعاوضة واردة على منفعة، لا عين (أي ذات) أي إن الإجارة تصح على المنافع لا الأعيان.

١٨ - لا بأس عند صاحبي أبي حنيفة بلبس الحرير والديباج للرجال في أثناء الحرب بحسب ظروفها وتقاليدها في الماضي، للضرورة، لأن الحرير الخالص أدفع لتأثير السلاح القديم، وأهيب في عين العدو، لما فيه من بريق ولمعان[٢]، ويؤيده ما روي «أن النَّبي ﷺ رخَّص في لبس الحرير عند القتال»[٣].

ويجوز عند الصاحبين أيضاً استخدام الذهب والفضة في صناعة الأسنان ونحوها من مواضع الجراحة في الأنف وغيره للضرورة أو للحاجة[٤]. ويؤيده أن النَّبي ﷺ أمر رجلاً من الصحابة اسمه عرفجة بن أسعد أن يتخذ أنفاً من ذهب، عندما أصيب أنفه في موقعة حربية[٥]، وأمر النَّبي ﷺ أيضاً عمر عندما سقطت ثنيته أن يشدّها بذهب[٦].

وهناك أمثلة كثيرة للضرورة فحق تأديب الزوجة أو الولد هو للضرورة، والزواج بالكتابة ضرورة[٧]، وعدم استيعاب أصناف مستحقي الزكاة للضرورة، وعدم قطع الصيام في الكفارة بسبب الحيض للضرورة[٨]. وأجاز المالكية في الظاهر بيع الحمام في البرج جزافاً بدون تعيين للضرورة. وأجاز الحنفية هذا البيع ليلاً لا نهاراً، حتى يأوي إلى البرج[٩].

---

(١) الفروق للقرافي ٤/ ٤.
(٢) تكملة فتح القدير ٨/ ٩٣.
(٣) رواه الشعبي وهو غريب عنه كما قال الزيلعي، ورواه ابن عدي في الكامل عن الحَكَم بن عمير، وأعلَّه عبد الحق بعيسى بن إبراهيم فهو ضعيف بل متروك (راجع نصب الراية ٤/ ٢٢٧).
(٤) تكملة فتح القدير ٨/ ٩٦.
(٥) أخرجه أبو داوود والترمذي والنَّسائي عن أبي الأشهب.
(٦) رواه الطبراني في الأوسط عن عبد الله بن عمر.
(٧) تاريخ الطبري ٦/ ٤٦.
(٨) تحفة الطلاب للأنصاري ١٠٢ - ١٠٤.
(٩) مواهب الجليل للحطاب ٤/ ٢٨٩، ردّ المحتار ٤/ ١١٢، ط الميمنية.

١٩ - أجاز المالكية وشمس الأئمة الحلواني من الحنفية وهو الراجح عند ابن عابدين بيع الثمار المتلاحقة الظهور على الأشجار، أو الزروع المتعاقبة إذا ظهر بعضها ولم يظهر الآخر، وكان يغلب تلاحقها واختلاط الحادث بالموجود، كالبطيخ والباذنجان والعنب والتين والموز والقثاء والخيار والورد ونحوها للتعامل به عرفاً للضرورة، مع أن ما لم يظهر بيع لمعدوم، وعملاً بحسن الظن بالله تعالى، وبمسامحة الإنسان لأخيه بجزء من الثمن المقابل للذي يخرجه الله تعالى من الثمرة، ولأن ذلك يشق تمييزه، فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر، كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا[١].

وعلّل المالكية[٢] جواز البيع بالصفة للضرورة، فقالوا: يجوز البيع والشراء على الأوصاف المكتوبة في البَرنامج، أي الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العِدل (الوعاء) من الثياب المبيعة لتشترى على تلك الصفة للضرورة، لما في حَلّ العِدل من الحرج والمشقة على البائع من تلويثه ومؤنة شده، إن لم يرض به المشتري، فإن وجد على الصفة لزم، وإلا خيّر المشتري.

وأباح الشافعية[٣] بيع بعض المبيعات المجهولة للضرورة والمسامحة مثل بيع صاع من صبرة مجهولة القدر لتساوي أجزائها، وبيع المالك حمامه المختلط بغيره لصاحب الحمام الآخر المختلط معه، وبيع المال المختلط معه المال الزكوي بعد وجوب الزكاة فيه، يبطل في قدر الزكاة، ويصح في غيره، وبيع القز وفي باطنه الدود، حياً كان أو ميتاً، وزناً أم جزافاً، وبيع النحل في الكَندوج (الكوارة).

٢٠ - يجوز الإجهاض بعد نفخ الروح (أي بعد انتهاء الشهر الرابع) للضرورة، كأن كانت المرأة عسرة الولادة، وقرّر طبيب مختص ثقة في دينه أن بقاء الولد يؤدي إلى موت الأم، فيجوز عندئذ الإجهاض حفاظاً على حياة الأم، لأن الشريعة تقرر في قواعدها أنه يختار أهون الشَّرَّين (م/ ٢٩ من المجلة).

---

(١) ردّ المحتار على الدّر المختار لابن عابدين ٤/ ٤٠، رسائل ابن عابدين ٢/ ١٣٩، بداية المجتهد ٢/ ١٥٦، بلغة السالك ٢/ ٧٩، المنتقى على الموطأ ٤/ ٢١٩.

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي ٣/ ٢٤.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ١٦، المهذب ١/ ٢٦٥، المجموع ٩/ ٣٥٣ وما بعدها.

وأما قبل نفخ الروح (أي في الأشهر الأربعة الأولى من بدء الحمل) فيجوز الإجهاض أو استنزال الدم أيضاً للضرورة أو للعذر، كالمحافظة على مصلحة رضيع إذا لم يستطع الأب استئجار مرضع وخاف هلاك الولد، فإن لم يكن هناك عذر ولكن لمصلحة: فقد أجاز الإجهاض مع الكراهة في هذه الحالة علماء الشيعة الزيدية، وبعض الحنفية وبعض الشافعية.

ولا مانع شرعاً من اتخاذ وسائل لمنع الحمل لتنظيم النسل، كلّ ثلاثين شهراً، لإنجاب ولد مثلاً، وذلك من أجل المحافظة على حياة الأم وصحتها وجمالها، أو لقلة المورد والرزق وكثرة الأولاد، أو لإهمال تربيتهم وعدم العناية بصحتهم، أو للخوف على مصلحة رضيع من حدوث حمل جديد[(١)]، وقد ثبت في السُّنة النَّبوية عن جابر أنه قال: «كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ والقرآن ينزل»[(٢)].

٢١ - قال فقهاؤنا: لا تقاتل المرأة في الجهاد إلا بإذن زوجها إلا أن يهجم العدو على بلد، أي في حال النفير العام، فلها المشاركة في القتال بدون استئذان للضرورة، لأن الجهاد يصبح عندئذ فرض عين[(٣)].

٢٢ - إذا اجتهد القاضي أو أفتى المفتي في مسألة ليس فيها دليل قاطع من نص أو إجماع ثم تغير اجتهاده، فلا ينقض الحكم السابق، أو الفتوى السابقة، للضرورة، إذ إن نقض حكمه يؤدي إلى اضطراب الأحكام الشرعية وعدم استقرارها، وعدم الوثوق بحكم الحاكم أو المفتي، وهو مخالف للمصلحة التي عيِّن الحاكم لها، وهو الفصل في المنازعات، فلو أجزنا نقض حكم الحاكم ونحوه، لبقيت الخصومات على حالها بعد الحكم، وهو مناف للحكمة التي لأجلها نصب الحكام، كما قال القرافي[(٤)].

---

(١) راجع حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٢٢، البحر الزَّخار ٣/ ٨١، الإحياء للغزالي ٢/ ٤٧ وما بعدها، الفتاوى للشيخ محمود شلتوت ٢٨٩ وما بعدها، الطبعة الثالثة، نظرة الإسلام إلى تنظيم النسل للأستاذ محمد سلام مدكور ٨٩ وما بعدها.

(٢) رواه البخاري ومسلم: وورد في صحيح مسلم «كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فلم ينهنا». والعزل: قذف المني خارج رحم المرأة عند الإحساس بنزوله.

(٣) فتح القدير والعناية بهامشه ٣/ ٢٨٩، تبيين الحقائق للزيلعي ٣/ ٢٤١.

(٤) الفروق ٢/ ١٠٤.

ويؤيده ما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه حينما قضى في مسألة فرضية بخلاف قضاء سابق، فسئل عن سبب التفرقة بين الحكمين فقال: «تلك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي»، وكتب إلى أبي موسى الأشعري رسالته المشهورة في القضاء جاء فيها: «ولا يمنعنك قضاء قضيته اليوم، فراجعت فيه نفسك، وهُديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل».

وعلى هذا وضع الفقهاء قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله» (م/١٦ من المجلة).

٢٣ - يجوز السؤال (الاستجداء) عند الضرورة والحاجة التي لا بدَّ عندها من السؤال لقوله ﷺ: «إن المسألة كَدّ يَكد بها الرجل وجهه، إلا أن يسأل الرجل سلطاناً، أو في أمر لا بدَّ منه»[1].

٢٤ - يجوز النزول عن الوظائف بمال (وهو الفروغ) للضرورة، واشترطوا إمضاء الناظر لئلا يقع فيه نزاع[2].

٢٥ - المضطر إلى البناء[3] كالسفل والجدار والرحى والحمام والبيت والدار الصغيرة، له أن يبني في حصته ويبني السفل ليبني العلو بإذن شريكه إن أمكن، وإلا فبإذن القاضي، ويرجع على الآخر بما أنفق فيما يمس حصة شريكه، فإن لم يستأذن فهو متطوع.

٤ - الضرورة تقدر بقدرها (م/٢٢ من المجلة):

معنى هذه القاعدة أن كل ما أبيح للضرورة من فعل أو ترك، فإنما يباح بالقدر الذي يدفع الضرر والأذى، دون ما عدا ذلك. ومعنى الإباحة: رفع المؤاخذة لا الضمان، ودليل هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِۚ﴾ [البقرة: ٢/١٧٣]، وقد اختلف المفسرون في تفسير هذه الآية ونحوها، مثل: ﴿غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍۙ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٥/٣] على قولين[4]:

---

(١) رواه أبو داوود والنَّسائي والترمذي وصححه عن سمرة بن جندب (نيل الأوطار ٤/١٦٢).
(٢) ردّ المحتار لابن عابدين ٤/١٥.
(٣) تكملة ردّ المحتار ٢/٥٥، ردّ المحتار والدّر المختار ٤/٢٢٧.
(٤) تفسير الطبري ٣/٣٢١ وما بعدها، تفسير القرطبي ٢/٢٣١ وما بعدها، أحكام القرآن للجصاص ١/١٤٧، أحكام القرآن لابن العربي ١/٥٧، تفسير ابن كثير ٢/٥٨٩، تفسير الخازن ١/١٢٠، تفسير المنار ٢/٩٩، ٦/١٦٧.

أولهما - قال مجاهد وسعيد بن جبير وغيرهما: المعنى غير باغٍ على المسلمين ولا عادٍ عليهم. فالباغي هنا: الخارج على الإمام المفارق للجماعة، والعادي: قاطع السبيل. وعلى هذا، فلا يجوز للخارج على الإمام ولا لقاطع السبيل إن اضطرا أن يأكلا من الميتة ونحوها، ولكن يعترض عليه بأن بغي الباغي وعدوانه لا يبيحان له قتل نفسه بترك أكل المحرَّم عند الاضطرار.

والثاني - قال قتادة والحسن وعكرمة والربيع وغيرهم: غير باغٍ في أكله فوق حاجته، والعادي: آكل الميتة ونحوها مع وجود غيرها. قال الطبري: وأولى الأقوال بتأويل الآية قول من قال: فمن اضطر غير باغٍ بأكله ما حرم عليه من أكله، ولا عادٍ في أكله، وله عن ترك أكله بوجود غيره مما أحله الله له مندوحة وغنى، وذلك أن الله تعالى لم يرخص لأحد في قتل نفسه بحال، والصواب من القول ما قلنا من أنه الاعتداء في كلّ معانيه المحرمة. فالمقصود إذن من قوله: ﴿غَيْرَ بَاغٍ﴾ أي غير طالب له، راغب فيه لذاته، وقوله: ﴿وَلَا عَادٍ﴾ أي متجاوز قدر الضرورة. وقوله سبحانه: ﴿فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِۚ﴾ أي يباح له، لأن الموت جوعاً أشدّ ضرراً من أكل الميتة أو الدم أو لحم الخنزير، بل الضرر في ترك الأكل محقق، وفي تناول المحرم مظنون.

وعلى هذا، فإن الآيات القرآنية تشير إلى أن الجائز عند الضرورة هو مقدار ما يدفع به الضرر، لأن الإباحة ضرورة، فتقدر بقدر الضرورة، وهذا هو رأي الحنفية والشافعية، والحنابلة في الأصح عندهم، وسأبيِّن رأي الآخرين في بحث (حكم الضرورة).

مراتب تحقيق الرغبة: لقد أبان علماء قواعد الفقه[١] مراتب الرغبة في الأشياء فقالوا: المراتب خمس: ضرورة، وحاجة، ومنفعة، وزينة، وفضول.

الضرورة: أن يبلغ الإنسان حدّاً إن لم يتناول الممنوع، هلك، أو قارب من

---

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٧، غمز عيون البصائر للحموي، شرح الأشباه لابن نجيم ١١٩، مخطوط قواعد الزركشي: ق ١٣٧ ب، أو قواعد تضبط للفقيه أصول مذهبه للزركشي: ق ١٤٠.

الوقوع في الهلاك. وهذه الحال تبيح الحرام أو الممنوع شرعاً، كالمضطر للأكل أو اللبس، بحيث لو بقي جائعاً أو عرياناً، لمات، أو تلف منه عضو. ولا يشترط أن يتيقن المرء من الوقوع في الموت أو الهلاك، وإنما يكفي أن يغلب على ظنه حدوث ضرر أو سوء بنفسه أو ماله لا يحتمل.

والحاجة: أن يكون الإنسان في حالة من الجهد والمشقة التي لا تؤدي به إلى الهلاك إذا لم يتناول المحرم شرعاً. وهذه الحال لا تبيح المحرم وإنما تبيح الفطر للصائم، مثل الجائع الذي لو لم يجد ما يأكله، لم يهلك، وإنما يكون في ضيق ومشقة، فهي في مرتبة دون الضرورة.

والمنفعة: أن يشتهي الإنسان طعاماً أساسياً كالذي يشتهي خبز الحنطة، ولحم الغنم، والطعام الدسم.

والزينة: أن يشتهي المرء شيئاً من الكماليات في عرفنا الحاضر، كمن يشتهي أكل الحلويات والفواكه، أو من يرغب في لبس الثياب الفاخرة المنسوجة مثلاً من حرير وكتان، أو الملبوسات الصوفية الغالية الثمن.

والفضول: هو التوسع بأكل الحرام أو المشتبه فيه، كمن يريد استعمال أواني الذهب والفضة، وشرب الخمر.

والناس في تناول الطعام مثلاً والأخذ بهذه المراتب أصناف: صنف يقنع بدفع الحاجة فقط، فلا يأكل إلا عند الجوع بقدر ما يدفعه، ولا يميز بين نوع ونوع من المطعومات. وصنف يقنع باستيفاء المنفعة، فيأكل الطيب، ولكن لا يفرق بين صنف وصنف، إذا اشتهى الحلوى مثلاً استوى عنده الدبس والسكر، وإذا أراد اللبس مثلاً استوى عنده القطن والصوف. وصنف ثالث يقتنع بسدِّ الرَّمق، ويصبر على مضض الجوع.

تطبيقات قاعدة «الضرورة تقدر بقدرها»:

هناك أمثلة كثيرة منها ما يأتي[(١)]:

١ - إن الجائع المضطر للأكل لا يتناول من المحرم كالميتة ونحوها إلا بقدر سدِّ الرَّمق، وهو رأي الحنفية والشافعية وأحمد في رواية عنه.

٢ - لا يجوز للطبيب أن ينظر إلى العورة عند المداواة إلا بقدر الحاجة، ولا تتداوى المرأة عند رجل إذا كانت هناك امرأة تحسن التطبيب، لقلة المخاطر في اطلاع الجنس على جنسه. قال القفال الشافعي في فتاويه: إذا فصد[(٢)] المرأة أجنبي عنها عند فقد امرأة أو محرم، لم يجز لها كشف جميع ساعدها من كشف العضد، ولو زادت عليه، عصت الله تعالى.

وفرع الشافعية على هذا: أن المجنون لا يجوز تزويجه أكثر من امرأة واحدة لاندفاع الحاجة بها.

٣ - يباح للمقاتل في دار الحرب أن يتناول من الطعام والشراب الموجود في الغنائم بقدر الحاجة، كما أن له الانتفاع بالعلف والحطب والسلاح والدهن ونحوها حسب حاجته؛ لأنه أبيح للضرورة. فإذا وصل إلى بلاد الإسلام ردَّ ما فضل معه إلى الغنيمة.

٤ - لا تباح اليمين الكاذبة للضرورة، وإنما يباح دفعها بالتعريض والتورية.

٥ - الجبيرة في موضع الجراحة يجب ألا تستر من الأجزاء الصحيحة غير المريضة إلا بقدر ما لا بدَّ منه للاستمساك.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٦ وما بعدها، لابن نجيم ١/١١٩، ٢٠٢، مخطوط قواعد الزركشي: ق ١٣٨، قواعد تضبط للفقيه أصول مذهبه للزركشي: ق ١٤٠، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ١/١٥٩، ٢/١٦٠، شرح المجلة للأتاسي ٥٦ وما بعدها، للمحاسني ٥٢ وما بعدها.

(٢) فصد المريض: شقّ عرقه.

٦ - دم الشهيد طاهر في حقِّ نفسه[١]، نجس في حق غيره لعدم الضرورة.

٧ - يعفى عن قليل النجاسة من البعر الذي يقع في الآبار، سواء أكانت في الصحارى أم في الأمصار، للضرورة ومشقة الاحتراز عنه.

ويعفى عن محل الاستجمار وقليل الدم، فلو حمل الشخص مستجمراً أو ثوباً ملوثاً بدم بسيط في الصلاة، بطلت في الأظهر.

ويعفى عن الطحلب في الماء، فلو أخذ ودقَّ وطرح فيه ضرَّ، ولم يصح استعماله.

كذلك يعفى عن ميت وقع في الماء لا نفس له سائلة ولا دم، فإن طرح فيه، لم يعدّ طاهراً.

٨ - يجوز أخذ نبات الحرم المكي لعلف البهائم، ولا يجوز أخذه لبيعه لمن يعلف.

٩ - قال الشافعية: يجوز تعدد صلاة الجمعة في المساجد لعسر الاجتماع في مكان واحد، ولكن بقدر الحاجة.

١٠ - من استشير في خاطب يريد خطبة امرأة فله أن يذكر مساوئه[٢]، ولكن قال الغزالي في الإحياء: فإن اكتفى بالتعريض كقوله: «لا يصلح لك»، لم يعدل إلى التصريح. وكذا للخاطب أن ينظر لمخطوبته بقدر الحاجة. وقد حدَّد بعض العلماء هذا المقدار بالوجه والكفين، أو بما يحصل به المقصود بالنظر إليه، والأصح في تقديري هو ما يراه الإمام أحمد: وهو أن ينظر إلى كلّ موطن يظهر عادة عند المهنة المنزلية في حالات التوسط والاعتدال. قال أحمد في رواية حنبل:

---

(١) قال ابن نجيم في الأشباه والنظائر (١/ ٢٠٢): الدماء كلها نجسة إلا عشرة دماء: وهي دم الشهيد، والدم الباقي في العروق، والباقي في الكبد والطحال، ودم قلب الشاة، وما لم يسل عن بدن الإنسان - على المختار -، ودم البق، ودم البراغيث، ودم القمل، ودم السمك.

(٢) قال الحنفية: ذكر مساوئ الرجل على وجه الاهتمام ليس بغيبة، إنما الغيبة أن يذكر ذلك على وجه الغضب، يريد به السَّب (الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ الحمزاوي ٢٩٧).

لا بأس أن ينظر إليها وإلى ما يدعوه إلى نكاحها من يد أو جسم أو نحو ذلك، قال أبو بكر المرُّوذي من الحنابلة: لا بأس أن ينظر إليها عند الخطبة حاسرة الرأس[(١)].

١١ - من جاز له اقتناء الكلب للصيد، لم يجز له أن يقتني زيادة على القدر الذي يصطاد به.

١٢ - يجب على المدافع عن نفسه أن يستخدم من وسائل الدفاع الأخف فالأخف، فيبدأ بالوعيد والتهديد، ثم بالضرب العادي والجرح، ثم بالقتل حسب جسامة الخطر، ومقدار التعدي، قال ابن عبد السلام: إذا انكف الصائل حرم قتله وقتاله، وكذلك النهي عن المنكر يبدأ الشخص بإزالة المنكر باليد والفعل، إن أمكنه ذلك، فإن لم يستطع فباللسان، فإن لم يستطع فبالقلب.

١٣ - يحكم القاضي بسدِّ المنافذ المطلّة على مقرِّ نساء الجار، بقدر ما يمنع الضرر وأذى النظر عنه، بوضع حاجز خشبي ونحوه، لا بسدِّ النافذة كلِّياً.

١٤ - يباع من مال المدين جبراً عنه بواسطة القاضي بقدر ما يفي بالديون مبتدئاً بالمنقولات ثم بالعقارات.

١٥ - إذا جاز للحاكم العادل فرض ضرائب جديدة أو الزيادة في مقدار ضريبة مفروضة، فعليه أن يلتزم حدّ الاعتدال بما يتناسب مع إمكانات الناس، ودرجة الغنى واليسار، فلا يجوز له إلزام المكلفين بالضريبة بما يثقل كاهلهم ويرهقهم، لأن الشريعة تقصد إقامة العدل والحكم بالقسط بين الناس، والضرورة تقدر بقدرها[(٢)].

وكذلك استقراض الدولة من الأغنياء أو من دولة أخرى في الأزمات الاقتصادية إنما يكون - على حدِّ تعبير الشاطبي[(٣)] - حيث يرجى لبيت المال دخل ينتظر أو يرتجى. وأما إذا لم ينتظر شيء وضعفت وجوه الدخل بحيث لا يغني كبير شيء فلا بدّ من جريان حكم التوظيف، أي فرض ضرائب جديدة على الأغنياء حسب الكفاية في الحال.

١٦ - يجوز لولي اليتيم أن يأخذ من مال اليتيم عند الحاجة بقدر عمله إلا أن

---

(١) راجع سبل السلام ٣/ ١١٣، المغني ٦/ ٥٥٣ وما بعدها.
(٢) السياسة الشرعية للدكتور عبد الرحمن تاج ٤٠.
(٣) الاعتصام ٢/ ١٢٢.

يفرض له الحاكم شيئاً، فيجوز له أخذه مجاناً. قال الله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦/٤]. ونصّ الإمام أحمد على أن الأم الحاضنة لا تأكل من مال ولدها إلا لضرورة إلا أن يفرض لها الحاكم في المال حق الحضانة[١].

١٧ - يقتصر في قبول شهادة غير المسلمين على المسلمين على مواطن الضرورة فقط كالسفر ونحوه من الحالات التي يتعذر فيها إشهاد المسلمين. قال الله تعالى: ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ [المائدة: ١٠٦/٥]. قال صالح بن أحمد بن حنبل: وهذا موضع ضرورة، لأنه في سفر، ولا نجد من يشهد من المسلمين. قال ابن تيمية: «وقول الإمام أحمد في قبول شهادتهم في هذا الموضع: «هو ضرورة» يقتضي هذا التعليل قبولها في كلّ ضرورة حضراً وسفراً»[٢].

١٨ - ومما يمكن جعله من تطبيقات هذه القاعدة ما قرره ابن رجب الحنبلي من قاعدة «إذا اجتمع للمضطر محرمان كلّ منهما لا يباح بدون الضرورة وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضرراً، لأن الزيادة لا ضرورة إليها فلا يباح»[٣]، ويتخرج على ذلك مسائل، منها:

أ - إذا ألقي في السفينة نار، وتساوى احتمالا الهلاك في المقام في النار وإلقاء النفوس في الماء، فهل يجوز إلقاء النفوس في الماء أو يلزم المقام في النار؟ هناك روايتان في المذهب الحنبلي، ففي رواية عن الإمام أحمد أنه قال: أكره طرح نفوسهم في البحر إذ لا أمل في النجاة حينئذ. وقال في رواية أخرى: يصنع المرء كيف شاء. ورجح بعض الحنابلة وجوب المقام على ظهر السفينة مع تيقن الهلاك فيها، لئلا يكون المرء قاتلاً لنفسه بالإلقاء.

ب - وطء المستحاضة[٤] والاستمناء كلاهما مثل وطء الحائض، إنما يباح

---

(١) القواعد لابن رجب ١٣٠ وما بعدها.
(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ١٨٢، ١٩٢.
(٣) القواعد ٢٤٦ قاعدة ١١٢.
(٤) المستحاضة: هي التي ترى دماً في غير أيام الحيض الشهري المعتاد وغير حالة النّفاس لعلّة مرضية.

للضرورة عند خوف العنت، أي الوقوع في الزِّنا، قال بعض الحنابلة: يباح الاستمناء عندئذ لأن وطء المستحاضة كوطء الحائض، لكون دمها دم أذى، والله تعالى يقول: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٢٢].

ومما يؤيده ما قرره علماء القواعد وهو أن «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» (م/ ٢٧ من المجلة) «يختار أهون الشَّرَّين» (م/ ٢٩ من المجلة). وبناء عليه تفرض النفقة للفقراء على أغنيائهم الأقارب، ولمشتري الأرض أن يتملكها جبراً عن صاحبها الذي ظهر أنه مستحق لها إذا بنى فيها بناء أو غرس غرساً وكانت قيمته أكثر من قيمة الأرض.

١٩ - يجوز بحسن نية دون تشنيع اغتياب الغير بمقدار الضرورة وحسبما تتطلبه الحاجة الماسّة إلى الكلام عن الغائب بما يكره، وذلك في حالات التَّظلم أمام الحاكم، والاستعانة على تغيير المنكر، وردِّ العاصي إلى منهج الصلاح، والاستفتاء، وتحذير المسلم من شرِّ الشِّرير الفاسق، وأن يكون الإنسان معروفاً بلقب أو اسم يعرب عن عيبه كالأعرج والأعمش ونحوهما، وأن يكون مجاهراً بالفسق والمعصية[١]، ودليل هذه الحالات بالترتيب:

أولاً - قول الرسول ﷺ: «ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته»[٢].

---

(١) استثنى العلماء من الغيبة المحرمة ست صور:
الأولى - النصيحة.
الثانية - التجريح والتعديل في الشهود عند الحاكم عند توقع الحكم بقول المجرح ولو في المستقبل.
الثالثة - المعلن بالفسوق.
الرابعة - أرباب البدع والتصانيف المضلّة، ينبغي أن يشهر الناس فسادها وعيبها ليحذرها الناس الضعفاء، فلا يقعوا فيها بشرط ألا يتعدى فيها الصدق.
الخامسة - تكرار الكلام عن شخص حالة علم المتكلم والمخاطب بالمغتاب به سابقاً.
السادسة - الدعوى عند ولاة الأمور، كأن يقول: إن فلاناً أخذ مالي وغصبني.
(الفروق ٤/ ٢٠٥ - ٢٠٩).

(٢) رواه أبو داوود والنَّسائي، وابن ماجه من حديث الشريد بإسناد صحيح.

وثانياً - أن عمر استعان بأبي بكر في تنبيه رجل سلم عليه عمر، فلم يرد السلام.

وثالثاً - «أن هند بنت عتبة قالت للنبي ﷺ: إن أبا سفيان رجلٌ شحيحٌ لا يعطيني ما يكفيني أنا وولدي، أفآخذ من غير علمه؟ فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[١].

ورابعاً - ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «أتُرْعَون عن ذكر الفاجر، اهتكوه حتى يعرفه الناس، اذكروه بما فيه يحذره الناس»[٢].

وكان السلف يقولون: «ثلاثة لا غيبة لهم: الإمام الجائر، والمبتدع، والمجاهر بفسقه».

وخامساً - أن العلماء كانوا يذكرون بعض الناس بوصف اشتهر به لضرورة التعريف.

وسادساً - ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «من ألقى جلباب الحياء عن وجهه فلا غيبة له»[٣]، وقال عمر: «ليس لفاجر حرمة». وأراد به المجاهر بفسقه دون المستتر[٤].

ويجوز الكذب للحاجة في ثلاثة مواضع، روى أحمد ومسلم وأبو داوود عن أم كلثوم بنت عقبة قالت: «لم أسمع النَّبي ﷺ يرخِّص في شيء من الكذب مما تقول الناس إلا في الحرب والإصلاح بين الناس»، وحديث الرجل امرأته، وحديث المرأة زوجها[٥].

والمداهنة المحرمة كأن تثني على أحوال الناس وعباداتهم، ويبادلونك الثناء، أو أن تشكر ظالماً على ظلمه، أو مبتدعاً على بدعته أو مبطلاً على باطله، لأن ذلك

---

(١) متفق عليه بين البخاري ومسلم من حديث عائشة.

(٢) رواه الطبراني وابن حبان في الضعفاء وابن عدي.

(٣) رواه ابن عدي من حديث أنس بسند ضعيف.

(٤) راجع إحياء علوم الدين للغزالي ٣/ ١٣٢ وما بعدها.

(٥) المرجع السابق، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ٣٣

وسيلة لتكثير الظلم والباطل من أهله. فإن كانت المداهنة لدفع ظلم محرم، فلا بأس. وتكره إن كانت عن ضعف لا لضرورة، وقد تندب إن كانت وسيلة لمندوب[١].

٥ - ما جاز لعذر يبطل بزواله (م/٢٣ من المجلة):

هذه القاعدة قريبة في المعنى من القاعدة السابقة ومكملة لها، فالقاعدة السابقة يعمل بها أثناء قيام الضرورة، وهذه القاعدة تبين ما يجب فعله بعد زوال حال الضرورة، ويقصد بها: أن ما جاز فعله بسبب عذر من الأعذار، أو عارض طارئ من العوارض، فإنه تزول مشروعيته بزوال حال العذر، ولها تطبيقات في مجال العبادات والعقود والقضاء[٢].

فمن أمثلتها في العبادات الدينية ما يأتي:

أولاً - من تيمم بالتراب بسبب المرض أو البرد أو فقد الماء، ثم برئ من المرض، أو زال البرد، أو وجد ما يسخن به الماء، أو تهيأ له الماء، فلا يجوز له التيمم بعدئذ، لأنه قدر على استعمال الماء، وأما من رأى الماء أثناء الصلاة فهل تبطل صلاته؟ اختلف الفقهاء في هذا، فقال الحنفية والجمهور: تبطل صلاته ويجب عليه الوضوء عملاً بهذه القاعدة. وقال الشافعية والظاهرية: لا تبطل الصلاة وإنما يتمها لاستصحاب الأصل، وتمسكاً بالحال التي بدأ بها المصلي صلاته، وتطبيقاً لقاعدة عند الشافعية والحنفية وهي أن (الدفع أقوى من الرفع) أي إن وجود الماء قبل الصلاة للمتيمم يمنع الدخول فيها، وفي أثنائها لا يبطلها حيث تسقط به، وتقبل الشهادة على الجرح (أي الطعن بالشاهد) قبل التعديل، لأن جرح الشاهد قبل التعديل دفع الشهادة قبل ثبوتها، وبعد التعديل رفع لها بعد ثبوتها[٣]، ومن المقرر أيضاً أنه «يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء» (م/ ٥٥ مجلة).

---

(١) الفروق ٤/ ٢٣٦.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ١١٩، شرح المجلة للأتاسي ٥٩ وما بعدها.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٢٣ وما بعدها، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ١١٩.

ثانياً - من أبيح له الفطر في رمضان بسبب السفر أو المرض، ومن جاز له استعمال الرخص الشرعية كقصر الصلاة وترك الجمعة والجماعة بسبب السفر أو المرض، ومن أذن له في إخراج الفدية عن رمضان بسبب الهرم أو العلة المزمنة، ومن أبيح له التناول من المحظورات للاضطرار، ومن قبلت إشارته في المعاملات بسبب الخرس، ثم زالت الأسباب الموجبة المذكورة، طولب الشخص بالأحكام العامة الأصلية، ولم يسمح له بالأحكام الاستثنائية، فيجب الصيام عندئذ، ويتم الصلاة، ويأكل من الطيبات المباحات.

ثالثاً - إذا أومأ المصلي في صلاته بسبب العجز الصحي، وصلى الأُمِّي بدون قراءة شيء من القرآن، أو صلى الأعجمي قارئاً الفاتحة بلغته حتى يتعلم العربية، أو صلى شخص عارياً لعدم وجود ثوب يستر عورته، أو صلى إنسان بثوب متنجس لأنه لم يجد ماء ليغسله ثم زال عذر هؤلاء، طولب كلّ واحد منهم بالحكم الأصلي من قيام، وقراءة باللغة العربية، وستر، وطهارة، لأن هذه الأمور فرائض أو شرائط لا تصح الصلاة بدونها في الأحوال العادية.

ومن الأمثلة في العقود والأقضية ما يأتي:

أولاً - إن الوكيل تنتهي سلطته وتبطل وكالته بمجرد علمه بعزل الموكل له.

ثانياً - يمتنع على المستأجر فسخ عقد الإيجار إذا أزال المؤجر قبل الفسخ العيب الحادث في الشيء المأجور، والذي كان يجيز له الفسخ بسبب عذر من الأعذار المشروعة. قال ابن عابدين[1]: «كلّ عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ».

ثالثاً - لا يجوز للوديع إبقاء الوديعة عند غيره بعد زوال العذر (كما في حالة الحريق) الذي سوغ له إخراجها من منزله الذي أودعها فيه، وإلا كان ضامناً لقيمتها إذا هلكت بعدئذ في يد غيره.

رابعاً - يمتنع على المعتدة التي جاز لها الخروج أثناء العدة لضرورة الكسب أن تخرج متى صار لها مال تستغني به عن الخروج.

---

(١) ردّ المحتار ٥/ ٥٥.

خامساً - ليس للقاضي قبول شهادة الشاهد على الشاهد إذا زال العذر المسوغ للإشهاد على الشهادة، بأن عاد الشاهد الأصيل من غيبته أو سفره، أو صحَّ من مرضه أو خرج من السجن الذي لم يكن للقاضي سلطة على إحضاره منه.

٦ - الميسور لا يسقط بالمعسور:

ذكر الشافعية هذه القاعدة وهي بمعنى «الضرورة تقدر بقدرها» إلا أنها يعمل بها في نطاق المأمورات، قال ابن السبكي: «وهي من أشهر القواعد المستنبطة من قوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم».

ومعناها: أن المأمور به إذا لم يتيسر فعله على الوجه الأكمل الذي أمر به الشرع لعدم القدرة عليه، وإنما يمكن فعل بعضه، فيجب فعل البعض المقدور عليه، ولا يترك بترك الكل الذي يشق فعله.

وأمثلها ما يأتي[١]:

أولاً - إذا كان الإنسان مقطوع بعض الأطراف كاليد أو الرجل، فيجب عليه غسل الجزء الباقي من العضو الواجب غسله في الوضوء. وإذا كان الساعد مقطوعاً وجب غسل رأس عظم العضد على المشهور، للتَّعبد والطاعة. وكذلك الحكم أيضاً في المسح بالتيمم بالتراب، يجب مسح الجزء الباقي من اليد إذا كانت مقطوعة كلها أو بعضها.

ثانياً - إذا وجد المتوضئ ماء لا يكفيه لرفع الحدث أو إزالة النجاسة فالأظهر وجوب استعماله. فإذا كان الماء لا يكفي إلا الحدث أو النجاسة، غسل النجاسة قطعاً.

ثالثاً - من وجد تراباً لا يكفيه للتيمم، فالمذهب[٢] القطع بوجوب استعماله.

---

(١) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ١٤٢، المواهب السّنية لابن سليمان الجوهري بهامش الأشباه ٣٤٨، الميزان للشعراني ١/ ٢١٠.

(٢) أي الرأي المختار عند الشافعية من بين الطريقين أو الطرق الحاكية للخلاف عن الإمام الشافعي بواسطة أصحابه.

وإذا كان هناك جرح يمنع استيعاب الماء للعضو المغسول، فالمذهب أيضاً القطع بوجوب غسل الجزء الصحيح غير المريض، مع التيمم عن القسم الجريح.

رابعاً - من قدر على ستر بعض عورته دون البعض الآخر، ستر به القدر الممكن جزماً.

خامساً - ومن قدر في الصلاة على قراءة بعض الفاتحة فقط أتى به بلا خلاف.

سادساً - لو عجز المصلي عن الركوع والسجود دون القيام، لزمه القيام بلا خلاف عند الشافعية، ومن قدر على الوقوف بهيئة الراكعين لتقوّس ظهره مثلاً، فالصحيح أنه يقف على هذه الهيئة.

سابعاً - نقل العراقيون من الشافعية عن نص الشافعي أن الأخرس يلزمه أن يحرك لسانه بدلاً عن تحريكه بالقراءة من القرآن الواجبة في الصلاة، وذلك مثل الإيماء بالركوع والسجود لمن عجز عنهما فعلاً.

ثامناً - من وجد بعض الواجب في زكاة الفطر، فيلزمه إخراجه في الأصح. ومن وجد بعض ما يجب عليه في الإطعام الواجب في الكفارة عن اليمين أو الظِّهار أو الجماع في نهار رمضان، فالأصح وجوب إطعامه للفقراء، وقطع به بعض الشافعية.

تاسعاً - من ملك النصاب الواجب فيه الزكاة إلا أن بعضه عنده، وبعضه غائب، فالأصح أنه يخرج الزكاة عما في يده في الحال.

عاشراً - قال الشافعية والحنابلة: إذا فاتت الجمعة، وصلاها الناس ظهراً، يجوز صلاتها جماعة، لأن حصول الجمعة قد تعسر وتيسرت الجماعة في الظهر، فلا يمنع من فعلها جماعة على الأصل في مشروعية الجماعة، والميسور لا يسقط بالمعسور. وقال الحنفية والمالكية: تصلى فرادى، لا جماعة.

٧ - الاضطرار لا يبطل حق الغير (م/٣٣ من المجلة):

هذه القاعدة تقيد القاعدة السابقة القائلة: «الضرورات تبيح المحظورات»، ومعناها أن الاضطرار، وإن كان سبباً من أسباب إباحة الفعل كما في حال أكل الميتة وتناول الدم والخمر ونحوها، أو سبباً من أسباب امتناع المسؤولية الجنائية

مع بقاء الفعل محرماً كالتلفظ بالكفر عند الإكراه، فإنه لا يسقط حق إنسان آخر من الناحية المادية، وإن كان يسقط حق الله، ويرفع الإثم والمؤاخذة عن المضطر أو المستكره، إذ لا ضرورة لإبطال حقوق الناس، والضرر لا يزال بالضرر، وإنما تتجلى الضرورة في الحفاظ على حياة المضطر. فيأخذ مال غيره، والضرورة كما علمنا تقدر بقدرها[1]. جاء في حاشية الجمل: «ولا يحل تملك مال المسلم والذِّمي بغير بدل قهراً»[2].

ومن أمثلتها ما يأتي[3]:

أولاً - من اضطر بسبب الجوع الشديد إلى طعام الغير، فله أن يأخذه جبراً عنه، ولكنه يضمن قيمته بعد زوال وصف الاضطرار.

ثانياً - من صال عليه حيوان، فقتله، دفاعاً عن نفسه، يضمن قيمته لصاحبه. وقال الحنابلة: من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، كما في هذه الحالة، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه، كما في أكل حيوان حال المخمصة ليحيي به نفسه.

ثالثاً - من أتلف مال غيره تحت تأثير الإكراه الملجئ الذي يهدد فيه المكره غيره بالقتل أو بقطع عضو، كأن أحرق شخص أثاث منزل لآخر، فإنه يجب ضمان المال إلا أنه كما عرفنا في حالة الإكراه يكون الضمان عند الحنفية والحنابلة على المكره، لأنه سبب الضرر في الواقع، وأما المستكره فهو مسلوب الإرادة، وما هو إلا آلة للمكره، ولا ضمان على الآلة اتفاقاً.

وعبارة الحنفية في هذا: «كلّ شيء لا يصلح أن يكون آلة لغيره، فالضمان على الفاعل. كما لو أكره على أخذ مال الغير؛ وكلّ شيء يصلح أن يكون آلة لغيره فالضمان على المكره، كما إذا أكرهه على القتل أو استهلاك مال الغير، فالضمان

---

(١) هذا وهناك قول آخر ورواية أخرى عن مالك بأن المضطر لا يضمن في هذه الحالة (تفسير ابن كثير ١/ ٢٠٥).

(٢) حاشية الجمل على المنهج ٢/ ٢٦٣.

(٣) القواعد لابن رجب ٣٣، ٣٦، ٢٨٦، الفروق ١/ ١٩٥، ٤/ ٩، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ٤٣، الفروق للقرافي ١/ ١٩٦، شرح المجلة للأتاسي ٧٦ وما بعدها، للمحاسني ٦٠ وما بعدها، المدخل للزرقاء: ف ٦٠٢.

على المكره خاصة، إلا أن في الإكراه بالقتل يجب القصاص على المكره عند أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف: على المكره الآمر ضمان دية المقتول لوليه في ماله، ولا شيء على المأمور المستكره»(١).

وقال المالكية والظاهرية: الضمان على المستكره، لأنه يكون في هذه الحالة كالمضطر إلى أكل طعام الغير، بجامع إباحة الفعل في كلٍّ منهما، فكما يجب ضمان المضطر يجب ضمان المستكره.

وقال الشافعية في الأرجح عندهم: الضمان على المكره والمستكره، لأن الإتلاف صدر من المستكره حقيقة، ومن المكره بالتسبب، والتسبب في الفعل والمباشرة سواء، ولكن يستقر الضمان في النهاية على المكره في الأصح، وبذلك صار مذهبا الشافعية والحنابلة متفقين في الرأي.

فإن كان الإكراه غير ملجئ كالتهديد بالحبس أو الضرب، فالضمان على المستكره عند الحنفية والمالكية والظاهرية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة، لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار أصلاً، فلم يكن المستكره مجرد آلة للمكره، فكان الإتلاف من المستكره، فيكون الضمان واجباً عليه(٢).

أما من أكره على تسليم الوديعة إلى غير المالك فقال الحنابلة: لا ضمان عليه، لأنه ليس بإتلاف.

رابعاً - لو أشرفت سفينة على الغرق فألقى الملاح متاع غيره ليخفف حمولتها ضمنه. وأضاف الحنابلة بناء على قاعدتهم السابقة: ولو سقط على شخص متاع غيره، فخشي أن يهلكه، فدفعه فوقع في الماء، لم يضمنه.

---

(١) راجع مختصر الطحاوي ٤٠٩ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب ٤/ ١١١ وما بعدها، مجمع الضمانات للبغدادي ٢٠٤ وما بعدها.

(٢) البدائع ٧/ ١٧٩، تكملة فتح القدير ٧/ ٣٠٢، تبيين الحقائق ٧/ ١٨٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٩، قواعد الأحكام ٢/ ١٣٢، الفروق ٤/ ١٨٣، القواعد لابن رجب ٣٦، الفوائد والقواعد الأصولية لابن اللحام ٤٤، المحلى ٨/ ٣٨١، مخطوط قواعد الزركشي: ق ٢٤ ب، بحث الإكراه للأستاذ الشيخ زكريا البرديسي - القسم الأول ٥٣ وما بعدها، المنشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثلاثين، عام ١٩٦٠ م.

خامساً - إذا انتهت مدة عقد الإيجار بالنسبة لسفينة مأجورة كانت وسط عرض البحر، أو بالنسبة لأرض مزروعة مأجورة، أو انتهت مدة الإعارة بالنسبة لأرض معارة للزراعة، فإن مدة الإيجار أو الإعارة تمدد للضرورة لإدراك الزرع ونضجه، على أن يدفع المستأجر أو المستعير أجر المثل عن المدة المذكورة.

٨ - الحاجة العامة أو الخاصة تنزل منزلة الضرورة (م/٣٢ من المجلة):

الحاجة الماسّة سواء أكانت عامة أم خاصة تؤثر في تغيير الأحكام مثل الضرورة، فتبيح المحظور، وتجيز ترك الواجب، إلا أن الحاجة أعم في مفهومها من الضرورة، لأن الحاجة هي التي يترتب على عدم الاستجابة لها ضيق وحرج أو عسر وصعوبة، وأما الضرورة فهي أشد باعثاً على المخالفة من الحاجة إذ هي كما عرفنا؛ ما يترتب على مخالفتها ضرر وخطر يلحق بالنفس ونحوها.

ومعنى كون الحاجة عامة؛ أن الناس جميعاً يحتاجون إليها فيما يمسّ مصالحهم العامة من زراعة وصناعة وتجارة وسياسة عادلة وحكم صالح.

ومعنى كون الحاجة خاصة؛ أن يحتاج إليها فئة من الناس كأهل مدينة، أو أرباب حرفة معينة، أو يحتاج إليها فرد أو أفراد محصورون.

وسأذكر هنا أمثلة للحاجة العامة والخاصة[1]:

فمن أمثلة الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة الخاصة ما يأتي:

١ - هناك زمرة من العقود ورد بجوازها نص شرعي استثناء من القواعد العامة وعلى خلاف القياس، لحاجة الناس إليها، كالسلم والإجارة والوصية والجعالة والحوالة والكفالة والصلح والقراض (أي المضاربة) والقرض ونحو ذلك، فالسلم

---

(١) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٢٦، مجمع الضمانات ٢٤٢ وما بعدها، للسيوطي ٧٩، مخطوط قواعد الزركشي: ق ٧٥ ب وما بعدها، قواعد الأحكام ٢/١٢٢، شرح المجلة للأتاسي ٧٥، للمحاسني ٦٩، المدخل الفقهي للزرقاء: ف ٦٠٣.

ورد العقد فيه على شيء معدوم عند الانعقاد، وبيع الشيء المعدوم باطل منهي عنه في حديث: «لا تبع ما ليس عندك»[١]، إلا أنه رخص فيه شرعاً بحديث خاص في موضوعه: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم...»[٢]، لحاجة الناس إلى بيع ما تنتجه أراضيهم الزراعية قبل أوان الحصاد، للاستعانة بالثمن في مصالح الزراعة أو النفقات المعيشية.

والإجارة ورد العقد فيها على منافع معدومة تستوفى مع مرور الزمن في المستقبل، لكنه أجيز لحاجة الناس - ولا سيما في عصرنا الحاضر - إلى السكنى. والوصية شرعت للحاجة ليتدارك الإنسان عند وفاته ما قد قصر فيه من أعمال البر والخير والإحسان، بالرغم من أنها تصرف في ملك الوارث، والجعالة التزام جعل لقاء عمل معين يقوم به شخص غير معلوم، فهي تشتمل على جهالة لكنها تصح للحاجة.

والحوالة حسب القواعد العامة تشتمل على بيع الدين بالدين، لكنها أجيزت استثناء من منع التصرف في الدين بالدين للحاجة. والكفالة ترتب الضمان على غير المدين الأصلي، إلا أنها شرعت لحاجة الناس إليها، ودفعاً للضرر عن المدين.

والصلح إنقاص للحق ويترتب عليه أخذ مال الغير بدون وجه مشروع إلا أنه أجيز بنصوص شرعية للإصلاح بين المتنازعين وتسوية الخلافات.

والقرض في الحقيقة يشبه البيع لأجل، لأنه تمليك مال بمال، يؤجل تسليم أحدهما للمستقبل، مما يجعله مشتملاً على الرِّبا، إلا أنه أجيز للحاجة.

والقراض أو المضاربة مثل المساقاة لا يجوزان حسب القواعد العامة، لجهالة ما يأخذ العامل من الربح، إلا أنهما أجيزا للحاجة ومصلحة الناس في التعامل.

وأجاز الإمام مالك كما بيَّنا بيع الثمار المتلاحقة الظهور كالتين والبطيخ، فيلحق ما لم يطب مع ما طاب لموضع الضرورة، والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز

---

(١) رواه أحمد وأصحاب السُّنن إلا ابن ماجه (نصب الراية ٤/ ١٨، نيل الأوطار ٥/ ١٧٩).
(٢) أخرجه أصحاب الكتب الستة عن ابن عباس (جامع الأصول ٢/ ١٧).

لموضع الضرورة أو الحاجة، أما العقد على شيء فيه غرر، ففيه تفصيل عند الحنفية: إن وقع في ماء غير محرز، فهو باطل. وإن وقع على محرز، فإن تطلب اصطياداً فهو فاسد، ينقلب صحيحاً بالتسليم مثل ضمان (شراء) سمك سد الرستن في محافظة حمص - سورية، أو بحيرة كبيرة معينة. وإن سهل إخراجه من غير صيد فالعقد صحيح.

ومجمل القول أن تأثير الغرر للجهالة[1] ونحوها على العقد بإبطاله أو إفساده مشروط بألا يكون للناس حاجة إلى ذلك العقد، فإن وجدت الحاجة لم يؤثر الغرر في العقد، مهما كانت صفة الغرر وصفة العقد؛ لأن العقود كلها شرعت لحاجة الناس إليها[2].

٢ - ذكر ابن القيم[3] أنه يباح من ربا الفضل ما تدعو الحاجة إليه كالعرايا (وهو بيع الرطب بالتمر) فإن ما حرم سدّاً للذريعة أخف مما حرم تحريم المقاصد، فهذا البيع في الحقيقة مشتمل على الرِّبا، لأن الرطب والتمر من جنس واحد، أحدهما أزيد من الآخر قطعاً بلينته، فهو أزيد أجزاء من الآخر زيادة لا يمكن فصلها وتمييزها، ولا يمكن جعل الرطب مساوياً للتمر عند كمال نضجه، فالمساواة مظنونة، وليست متيقنة، فلا يجوز قياساً بيع أحدهما بالآخر، لكن جاءت السُّنة النَّبوية مبيحة له للحاجة. روى البخاري ومسلم عن زيد بن ثابت «أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً». ولمسلم: «رخَّص في

---

(١) ميّز القرافي في الفروق (٣/ ٢٦٥) بين الغرر والجهالة، فأوضح أن الغرر هو: الذي لا يرى هل يحصل أم لا؟ كالطير في الهواء والسمك في الماء. والمجهول؛ ما علم حصوله، وجهلت صفته، كبيع ما في كمه، فهو موجود قطعاً، لكن لا يُدرى أي شيء هو. والغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء: في الوجود كالآبق بعد الإباق، والحصول إن علم الوجود كالطير في الهواء، وفي الجنس: كسلعة لم يسمها، وفي النوع كعبد لم يسمه، وفي المقدار كالبيع إلى مكان وصول الحصاة بعد رميها، وفي التعيين كثوب من ثوبين مختلفين، وفي البقاء كالثمار قبل بدوّ صلاحها.

(٢) رسالة الغرر وأثره في العقود للدكتور الصديق الأمين ٥٩٩، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، ط الاستقامة ٢/ ٧٦، بداية المجتهد ٢/ ١٥٦.

(٣) أعلام الموقعين ٢/ ١٤٠، ٣١٣، وانظر فتح القدير ٥/ ١٩٥ وما بعدها.

العرية يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونها رطباً». ومن المعلوم أن تحريم ربا الفضل من باب سدِّ الذرائع منعاً من التوصل بذلك إلى ربا النَّسيئة، إذ إن المتعاقدَيْن قد يتدرجان بالربح المعجل إلى الربح المؤخر.

ومما استثني أيضاً من ربا الفضل في رأي ابن القيم للحاجة بيع الذهب أو الفضة السبيكة بالمصوغ منه صياغة مباحة، كخاتم الفضة وحلية النساء وما أُبيح من حلية السلاح وغيرها، فالعاقل لا يبيع المصنوع بوزنه من جنسه، فإنه سفه وإضاعة للصنعة، والشارع أحكم من أن يلزم الأمة بذلك.

٣ - قرّر الشرع مشروعية طائفة من الخيارات في العقد: والخيار أن يكون للمتعاقد الحق أو الاختيار بين إمضاء العقد وفسخه وإبطاله، إن كان الأمر أمر خيار شرط أو رؤية أو عيب، أو أن يختار أحد المبيعين إن كان الأمر أمر خيار تعيين. والخيار يشبه ما يسمى عند القانونيين (عيوب الرِّضا)، وإذا كان الأصل العام في العقود أن تكون لازمة لا يجوز فسخها، إلا أن الخيارات البالغ عددها سبعة عشر خياراً[١] قد أجيزت للحاجة الماسّة من أجل الحفاظ على مبدأ التوازن العقدي الواجب تحققه بين حقوق المتعاقدين المتقابلة، أو حماية سلامة الرضا الذي يقوم عليه أساس كلّ عقد. حتى لا يطغى أحد على مصلحة أحد بدون تحقق رضاه، ولا يستغل عاقد حُسْن نية عاقد آخر فيغبنه، وليتمكن كلّ عاقد من تفحص المعقود عليه أو اكتشافه أثناء الخبرة والتجربة، أو ليتهيأ له فرصة للتروي والتثبت والمشورة لموازنة حقه مع التزامه[٢].

وإذا لم تتوافر الحاجة لم يثبت الخيار، لذا قال فقهاء الحنفية: لا يصح خيار الشرط في عقد السلم، لأن شرعية هذا الخيار لدفع الغبن، والسلم مبناه على الغبن ووكس الثمن، لأنه بيع المفاليس عادة، فلا حاجة إلى الخيار فيه.

---

(١) أشهر الخيارات سبعة: هي خيار الشرط، والوصف، والنقد، والتعيين، والرؤية، والعيب، والغبن مع التغرير.

(٢) راجع العناية بهامش فتح القدير ٥/ ١٢٥، فتح القدير ٥/ ١١٤، المبسوط ١٣/ ٥٠، ردّ المحتار ٤/ ٤٧، ٤٩، ٥١، ٦٠، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ١٩٢/ ٦، ٣١٣، ٣٤١، عقد البيع للزرقاء ٣٣، ٣٥، ٤٤، ٨٠

٤ - وبناء على ما سبق أجاز الفقهاء بالاجتهاد كثيراً من الأحكام الشرعية: منها مشروعية ضمان الدَّرك[١] فإنه جوِّز على خلاف القياس، إذ إن البائع إذا باع ملك نفسه، فما أخذه من الثمن لا يعدّ ديناً عليه حتى يضمنه أو يكفله، لكن نظراً لاحتياج الناس إلى معاملة من لا يعرفونه، وأنه لا يؤمن خروج المبيع مستحقاً لغير البائع، فقد قرّر هذا الضمان.

٥ - ومما أجازه الفقهاء اجتهاداً للحاجة بيع الثمار المتلاحقة الظهور كما تبيَّن سابقاً بالرغم من أن ما لم يظهر معدوم عند التعاقد.

وأجازوا عقد الاستصناع (وهو المقاولة مع صانع على أن يعمل شيئاً) لحاجة الناس إليه، كما أنهم أجازوا البيع بثمن مؤجل أو مقسط للحاجة الماسة إليه أحياناً.

وكذلك أجازوا أيضاً للحاجة دخول الحمام بأجر مع جهالة مدة المكث فيها، وجهالة مقدار الماء الذي يستعمل أو يستهلك. ومثل ذلك في عرفنا الحاضر نزول الفنادق بالطعام والشراب.

٦ - وأفتى فقهاء الحنفية[٢] وغيرهم بصحة البيع بالوفاء[٣] للحاجة بسبب كثرة الديون على الناس، استثناء من القواعد العامة لوجود شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولأنه لا يجوز فسخ العقد بعد انعقاده.

٧ - وأجاز الحنفية أيضاً للمحتاج الاستقراض بالربح، وذلك مثل أن يقترض شخص عشرة دنانير مثلاً، ويجعل لصاحبها من الربح شيئاً معلوماً في كلّ يوم ربحاً خاصّاً به. ومن الواضح أن هذا التعامل يختلف عن الاقتراض بفائدة محددة مشروطة لا تتأثر بالخسارة والربح.

---

(١) ضمان الدرك: هو أن يضمن البائع للمشتري الثمن إن خرج البيع مستحقاً لغير البائع، أو معيباً أو ناقصاً (مغني المحتاج ٢/ ٢٠١).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٧٩، ٩٢، شرح الكنز، باب خيار الشرط، الدّر المختار وردّ المحتار ٤/ ٢٥٧.

(٣) ويسمى أيضاً: بيع الأمانة، وسماه الشافعية: الرهن المعاد.

قال الأستاذ خلاف[١] يتفرع على ما ذكر أنه يجوز كلّ عقد أو تصرف على مجهول أو معدوم، ولكن قضت به حاجة الناس، ومثل ذلك كثير من عقود المعاملات وضروب الشركات التي تحدث بين الناس وتقتضيها تجارتهم، فإنه إذا قام البرهان الصحيح، ودلَّ الاستقراء التام على أن نوعاً من هذه العقود أو التصرفات، صار حاجياً للناس، بحيث ينالهم الحرج والضيق إذا حرم عليهم هذا النوع من التعامل، أبيح لهم قدر ما يرفع الحرج منه ولو كان محظوراً لما فيه من الرِّبا أو شبهته، بناء على أن الحاجات تبيح المحظورات كالضرورات، وتقدر بقدرها كالضرورات. وعلى هذا يمكن القول بجواز جميع أنواع شركات الأشخاص والأموال المعروفة في القانون التجاري والمدني على أساس شركة المضاربة المشروعة في الإسلام[٢].

٨ - يباح النظر إلى العورات للمداواة، ويباح النظر للوجه من أجل المعاملة والإشهاد والخطبة والتعليم ونحوها، لحاجة الناس إلى التعرف على موطن الداء وتشخيص المرض، ووصف العلاج المناسب، أو للتعرف على المرأة المتعامل معها أو المشهود لها أو عليها، أو المتعلمة، أو المخطوبة، ولكن بقدر الحاجة في كلّ ذلك[٣].

٩ - إن الإسلام دين العمل والعزة والشرف والكرامة، لذا فإنه يحرم السؤال أو الاستجداء إلا لحاجة تكريماً للنفس البشرية وصيانة لها من الامتهان والذُّل والضّعة، فإن أجيز ذلك، فإنما يحلُّ بمقدار الحاجة حتى يتكون لدى السائل شيء من رأس مال بسيط يستطيع به العمل وكسب العيش من جهده وعرق جبينه، ومواطن الحاجة حددها الرسول ﷺ في حديث قبيصة الذي جاء يسأل الرسول ﷺ

---

(١) علم أصول الفقه للمرحوم عبد الوهاب خلاف ٢٤٩.

(٢) راجع الشركات في الفقه الإسلامي لأستاذنا الشيخ علي الخفيف ٦٢ - ٩٧.

(٣) قال الحنفية: يستباح الحرام لذاته من أجل الحفاظ على الضروريات الخمس (وهي حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال)، فيباح الخمر للحفاظ على الحياة عند التهلكة. ويرخص بالكفر ظاهراً للحفاظ على النفس عند الإكراه على القتل، وأما الحرام لغيره فيباح للحفاظ على الضروريات السابقة، وعلى الحاجيات أيضاً، مثل ما ذكرت أعلاه.

تعويضه عما غرم في سبيل غيره، فقال له: «يا قُبيصة: إن المسألة لا تحلُّ إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة[١]، فحلَّت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة[٢] اجتاحت ماله، فحلَّت له المسألة حتى يصيب قواماً[٣] من عيش، أو قال: سداداً[٤] من عيش، ورجل أصابته فاقة[٥] حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجا[٦] من قومه: لقد أصابت فلاناً فاقة، فحلَّت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش، أو قال: سداداً من عيش، فما سواهن من المسألة يا قبيصة سحت[٧] يأكلها صاحبها سحتاً»[٨]، فقد أحلَّ النَّبي عليه الصلاة والسلام السؤال لثلاثة: وهم المصلح بين الناس لما يتحمله من المغارم، ومن افتقر بعد الغنى وعجز عن الكسب والعمل، والفقير المسكين الضعيف الذي يعجز عن العمل، وما عدا هؤلاء يحرم عليهم السؤال[٩]، ويكون ما يأخذونه حراماً باطلاً وناراً.

١٠ - يجوز ترجمة معاني النصوص القرآنية إلى اللغات الأجنبية لحاجة الناس إلى معرفة أحكام الإسلام ورسالته العامة للبشرية، إذ إنه يتعذر على كلّ فرد غير عربي تعلّم اللغة العربية، لما في ذلك من حرج وعسر.

١١ - يجوز في تقديري بدون كراهية إيداع النقود في المصارف بدون فائدة بالرغم من أنه إعانة على معصية، نظراً لحاجة الناس إليه، وعدم الاطمئنان الكافي لترك الأموال في المنازل، أو إيداعها عند الأشخاص لقلة الأمانة وضعف الثقة وكثرة الخيانة وانتشار حوادث السرقات.

---

(١) الحمالة: الدية يتحملها قوم عن قوم، وقيل: هو ما يتحمله المصلح بين فئتين في ماله ليرتفع بينهم القتال ونحوه.
(٢) الجائحة: الآفة تصيب الإنسان في ماله.
(٣) القوام: هو ما يقوم به حال الإنسان من مال وغيره.
(٤) والسداد: هو ما يسد حاجة المعوز ويكفيه.
(٥) الفاقة: الفقر والاحتياج.
(٦) الحجا: هو العقل.
(٧) السحت: المال الحرام.
(٨) رواه مسلم وأبو داوود والنَّسائي.
(٩) قواعد الأحكام لابن عبد السلام ٢/ ١٧٢، غاية المنتهى ١/ ٣١٦.

ويقتصر في الكلام بغير العربية على الحاجة فقط، وبدونها يكره، لأنه تشبه بالأعاجم، قال عمر: إياكم ورطانة الأعاجم[١].

ولا مانع من التصوير الخيالي (الفوتوغرافي) بالرغم من النهي عن التصوير، وذلك لحاجة الناس في سفرهم وإقامتهم لإثبات شخصيتهم ومراقبة سلوكهم، بل إن ذلك ليس مما نهي عنه، إذ هو عبارة عن مجرد حبس الظل، والنظر إلى الصورة كالنظر إلى صورة إنسان في المرآة أو في الماء. أما التصوير المنهي عنه، كما أفتى الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية: فهو إيجاد أو صنع صورة لم تكن موجودة ولا مصنوعة من قبل، مضاهاة لخلق الله تعالى، لذا كانت الصورة المجسمة والتماثيل محرمة قطعاً حتى في عصرنا الحاضر صيانة لمبدأ التوحيد من كلّ شبهة، واستقلالاً بتعظيم الإله الحق دون غيره، وسدّاً لذرائع الفساد مع مضي الزمان من كلّ إشراك، أو تشبه بعباد الأوثان.

١٢ - هل تقليد المذاهب الأربعة أو تقليد غير أئمتها، أو التلفيق بينها وتتبع الرخص والتسهيلات المذهبية مقيد بالضرورة أو بالحاجة[٢]؟ هذا هو الشائع بين الناس، إلا أن الحق يقال: ليس هناك قيد على ذلك إلا اتباع الدليل الراجح، وعدم قصد العبث والميل مع هوى النفس، وتعمد التلفيق بدون مصلحة أو مخالفة حكم مجمع عليه، أو الوقوع في محظور شرعي، لأن المحظورات مبنية على الاحتياط والأخذ بالورع مهما أمكن، والله سبحانه لا ينهى عن شيء إلا لمضرَّته، فلا يجوز فيها التسامح أو التلفيق إلا عند الضرورات الشرعية؛ لذا ورد في الحديث المذكور سابقاً: «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم»، فالأمر قيده بالاستطاعة، والنهي أطلقه، لدفع ضرر النهي عنه. وفيما عدا تلك القيود يجوز كل ما ذكرته؛ لأن دين الله يسر، لا عسر. والقول بجواز التلفيق ونحوه من باب التيسير على الناس[٣].

(١) غاية المنتهى للعلامة مرعي الحنبلي ٢/ ٤٣ وما بعدها.
(٢) الدّر المختار وردّ المحتار ٣/ ٢١٩ وما بعدها.
(٣) راجع للمؤلف أصول الفقه ٢/ ١١٤٢ - ١١٥٥.

١٣ - يجوز الجلوس في الطرقات وأماكن اللهو المباح، إذا كان ذلك لغرض مشروع، كالتشاور في أمر مهم، أو لتجديد النشاط والحيوية، أو للاطِّلاع على عجائب مخلوقات الله وما توصل إليه الإنسان من تقدم في العلوم والفنون والحضارة، قال رسول الله ﷺ: «إياكم والجلوس في الطرقات، قالوا يا رسول الله: ما لنا بدّ من مجالسنا نتحدث فيها، قال: إن أبيتم إلا المجلس فأعطوا الطريق حقه؟ قالوا: وما حق الطريق يا رسول الله؟ قال: غضّ البصر، وكفّ الأذى، وردّ السلام، والأمر بالمعروف، والنّهي عن المنكر»[١].

١٤ - جميع الأحكام التي قرّر الفقهاء أنها تتبدل لتغير الزمان أو فساده أو المراعى فيها العرف إنما تنبني على أساس الحاجة.

١٥ - على الأصحّاء التَّحرز من الأمراض المعدية بطبعها، ومجانبة أهلها، فذلك من هديه ﷺ[٢]، ثبت في صحيح مسلم عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال: «فرّ من المجذوم كما تفرّ من الأسد»، وفي سنن ابن ماجه من حديث ابن عباس: «لا تديموا النظر إلى المجذومين».

ومن أمثلة الحاجة الخاصة التي تبيح المحظور ما يأتي[٣]:

١ - يجوز تضبيب الإناء بالفضة للحاجة، سواء أكان عاجزاً عن ذلك بغير الفضة من وسائل الإصلاح الأخرى أم لا، لأن المرء حالة العجز يباح له استعمال

---

(١) رواه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داوود عن أبي سعيد الخدري.

(٢) زاد المعاد ٣/ ١١١، والتوفيق بين هذا الحديث وحديث «لا عدوى ولا طيرة» هو أن المراد نفي تأثير العدوى بذاتها أو بطبعها، كما كان يعتقد الناس في الجاهلية، من غير إضافة إلى الله تعالى، فأبطل النَّبي ﷺ اعتقادهم ذلك، ليبيِّن لهم أن الله سبحانه هو الذي يُمرض ويشفي، ونهى عن الاقتراب من الأمراض الخطيرة، ليبيِّن أن ذلك من الأسباب التي جعلها الله مفضية إلى مسبباتها، فالنهي من الاقتراب من المجذوم لإثبات الأسباب، وفي نفي العدوى بيان المؤثر الحقيقي في الأشياء وهو الله تعالى، إن شاء سلبها التأثير، وإن شاء أبقى عليها. وقد يوفق بين الحديثين بحمل الفرار من المجذوم على ضعاف الناس، والمخالطة على أقوياء الثقة بالله (زاد المعاد ٣/ ١١٣).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، المكان السابق، مخطوط قواعد الزركشي: ق ٧٦.

نفس إناء الذهب أو الفضة قطعاً، لذا فإن المراد بالتضبيب ليس التزيين، وإنما إصلاح موضع الكسر بالشّد والتوثيق ونحوهما.

٢ - يجوز للمحارب الغانم الأكل من الغنيمة في دار الحرب للحاجة، ولا يشترط للآكل ألا يكون معه طعام آخر غيره، وإنما له أن يأخذ قدر كفايته، وإن كان معه طعام آخر غيره.

٣ - يباح لبس الحرير الطبيعي المحرم على الرجل المسلم كما هو معروف لحاجة مرضية كالجرب والحكّة ونحو ذلك، حتى وإن وجد دواء له. ويجوز لبس الحرير أيضاً عند القتال، لأن النَّبي ﷺ رخَّص في لبس الحرير عند القتال(١)، كما ذكرت سابقاً.

٤ - يباح تحلية آلات وأدوات الحرب إغاظة للعدو، وكذلك يجوز للجهاد الخضاب بالسواد، والتبختر بين الصفوف، فقد قال النَّبي ﷺ لأبي دُجانة الأنصاري (سِماك بن خَرَشة) حينما رآه يختال عند القتال في وقعة أُحد: «إن هذه مِشْية يبغضها الله إلا في هذا الموضع»(٢).

٥ - يجوز للجنب والحائض وكلّ حامل لنجاسة دخول المسجد بدون كراهة إذا كانت هناك حاجة أو عذر يقضي بذلك(٣).

---

(١) رواه ابن عدي في الكامل، وفيه راوٍ ضعيف. وقد روى البخاري وغيره آثاراً عن الصحابة أنهم كانوا يلبسون الحرير في الحرب (راجع نصب الراية ٤/ ٢٢٧).

(٢) ذكره ابن إسحاق وابن هشام والطبري (راجع نيل الأوطار ٧/ ٢٤٤، سيرة ابن هشام ٢/ ٦٧)، وقد أخرج أبو داوود والنَّسائي عن جابر بن عتيك أن النّبي ﷺ قال: «... وإن من الخيلاء ما يبغض الله، ومنها ما يحب الله، فأما الخيلاء التي يحب الله فاختيال الرجل نفسه عند القتال، واختياله عند الصدقة - أي تهزه الأريحية عند رؤية غيره يتصدق فينافسه - وأما الذي يبغض الله فاختياله في البغي - أي الاعتداء والخروج على الحاكم العادل -» وفي رواية: «الفخر»، قال ابن حجر: إسناده صحيح (راجع الإصابة في ترجمة الصحابة ١/ ٢١٦، نيل الأوطار ٧/ ٢٤٣).

(٣) حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم ١/ ١١٩.

الفرق بين الضرورة والحاجة:

يظهر الفرق بين الضرورة والحاجة فيما يأتي:

أولاً - إن الضرورة أشد باعثاً من الحاجة كما بيَّنت سابقاً، فالضرورة مبنية على فعل ما لا بدّ منه للتخلص من المسؤولية، ولا يسع الإنسان الترك. وأما الحاجة فهي مبنية على التوسع والتسهيل فيما يسع الإنسان تركه. وعلى هذا ففي صلاحيات الولي على القاصر يعتبر كلّ ما يحتاجه الولد من نفقة رضاع وملبوس ومطعوم من الضروريات، فيجوز للولي بل يجب أن يوفر له ذلك حتى ولو ببيع عقار القاصر، أما التزويج فهو مجرد حاجة وليس ضرورياً، لذا لا يجيز الحنفية تزويج الصغيرة إلا بواسطة الأب أو الجد وبمهر المثل وبكفء لها.

وفي الاستئجار على الطاعات: أجاز المتأخرون من الحنفية استحساناً الاستئجار على تعليم القرآن والفقه والأذان ونحوها من علوم الشريعة ولو لمدة معلومة، للضرورة خشية ضياع القرآن ونحوه، أما القراءة المجردة للمريض والميت وعلى القبر ونحو ذلك مما شاع في زماننا، فلا ضرورة فيه ولا حاجة، والإجارة في ذلك باطلة وهي بدعة ولم يفعلها أحد من الخلفاء الراشدين، ولا يحصل الثواب للميت بالإهداء إلى روحه، ولا للقارئ؛ لأن القارئ إذا قرأ لأجل المال، فلا ثواب له، فأي شيء يهديه للميت؟ وإنما يصل إلى الميت العمل الصالح.

وكذلك لا تصح الوصية من الميت باتخاذ الطعام والضيافة يوم موته أو بعده، أو بإعطاء دراهم لمن يتلو القرآن لروحه أو يسبح أو يهلل له، وكلها بدع منكرات باطلة، والمأخوذ منها حرام للآخذ، وهو عاص بالتلاوة والذكر لأجل الدنيا، هذا ما ذكره ابن عابدين في حاشيته[١]. لكن المعتمد في المذاهب الأربعة أن ثواب التلاوة يصل إلى الميت، لأن القرآن نور يصحبه الرحمة عند تلاوته، فيوهب مثل الثواب للميت.

وأجاز قوم للحاجة أخذ الأجرة على القيام بالأذان والإمامة في الصلوات

---

(١) ردّ المحتار على الدّر المختار ٥/٣٨ - ٤٠، ٤٧١.

المفروضة قياساً على الأفعال غير الواجبة، كما أن المالكية والشافعية خلافاً للحنفية أجازوا الإجارة على الحج، لإقرار الرسول ﷺ حجّ صحابي عن غيره[١].

قال المالكية[٢]: لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد، فإنه يؤدي إلى أكل المال بالباطل، وقد استثنيت مسائل من هذه القاعدة للضرورة وأنواع من المصالح:

المسألة الأولى - الإجارة على الصلاة، لأن الأجرة بإزاء الملازمة في المكان المعين وهو غير الصلاة.

المسألة الثانية - أخذ الخارج في الجهاد من القاعدة من أهل ديوانه جعلاً على ذلك، ومنع من ذلك الشافعي وأبو حنيفة. ودليل المالكية: أن من الضرورة أن ينوب بعض أهل الديوان عن بعض.

المسألة الثالثة - المسابقة بين الخيل، يجوز أخذ العوض من المحلِّل وهو شخص ثالث غير المتسابقين، وهو قول سعيد بن المسيب والشافعي، ومنعه الإمام مالك.

وقد أجيز بالنَّسيئة في حالة الضرورة الملجئة، كالضرورة التي تبيح أكل الميتة والدم، أما رِبا الفضل فيجوز للحاجة، والحاجة أدنى من الضرورة، فكلما اقتضت الحاجة التعامل بربا الفضل، جاز ذلك، بحيث يتبين أنه لا يمكن اتِّخاذه ذريعة لربا النَّسيئة، فينتفي سبب التحريم[٣]، وقد أبنت ذلك في بعض أمثلة الحاجة.

ثانياً - أن الأحكام الاستثنائية الثابتة بالضرورة هي غالباً إباحة مؤقتة لمحظور منصوص صراحة على منعه في الشريعة. أما الأحكام المبنية على الحاجة، فهي في الغالب لا تصادم نصّاً صريحاً، وإنما أكثر ما ورد على خلاف القياس من الأحكام الشرعية فهو مبني على الحاجة، فهي تخالف القواعد العامة، لا النَّص، ويكون الحكم الثابت بها غالباً له صفة الدوام والاستقرار يستفيد منه المحتاج وغيره.

وقد تكون الأحكام الثابتة للحاجة كالأحكام الثابتة للضرورة تبيح المحظور

---

(١) راجع سبل السلام ٢/ ١٨١، ١٨٤، مغني المحتاج ٢/ ٣٤٤، بداية المجتهد ١/ ٢٢١، الشرح الكبير للدردير ٤/ ١٦.

(٢) الفروق ٣/ ٢ - ٣.

(٣) مصادر الحق للسنهوري ٣/ ٢٠٦ - ٢٢٠.

مؤقتاً، وتخالف النص الحاظر، كما ذكرت في أمثلة الحاجة الخاصة المنزلة منزلة الضرورة[١].

فإن لم تكن هناك حاجة لمخالفة القواعد العامة، فإنه يجوز تقرير حكم استثنائي، ومثاله أنه لا يجوز استئجار منزل بمقابل السكنى في منزل آخر، لاتِّحاد جنس المنفعة، ولعدم الحاجة، إذ إن كلاً من مالكي الدارين يمكنه إيجار داره بالنقود ثم يستأجر بها.

شروط الحاجة:

يشترط لتحقق معنى الحاجة شروط تفهم مما ذكر في شروط الضرورة، إذ لا فرق بينهما كما أوضحت، إلا في المرتبة الداعية إلى كلٍّ منهما، ومن أهم هذه الشروط ما يأتي:

١ - أن تكون الشِّدة الباعثة على مخالفة الحكم الشرعي الأصلي العام بالغة درجة الحرج والمشقة غير المعتادة.

٢ - أن يلاحظ في تقدير الأمور الداعية إلى الأخذ بالحكم الاستثنائي للحاجة حالة الشخص المتوسط العادي. فلا يصح لإنسان أن يعمل بمقتضى قاعدة «الحاجة تنزل منزلة الضرورة»، إلا إذا كان في وضع معتاد مجرد لا صلة له بالظروف الخاصة به، لأن التشريع يتصف بصفة العموم والتجريد، ولا يصح أن يكون لكل فرد تشريع خاص به.

٣ - أن تكون الحاجة متعينة بمعنى ألا يكون هناك سبيل آخر من الطرق المشروعة عادة، للتوصل إلى الغرض المقصود سوى مخالفة الحكم العام، وإلا فإن الحاجة للمخالفة لا تكون متوافرة في الواقع.

٤ - إن الحاجة كالضرورة تقدر بقدرها، أي إن ما جاز للحاجة يقتصر فيه على موضع الحاجة فقط، فالحاجة إلى خيار الشرط تندفع بثلاثة أيام، فلا تجوز الزيادة عليها عند أبي حنيفة وزفر، فإن زاد عليها فسد العقد[٢]. وقال المالكية: يجوز

---

(١) قارن المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٦٠٣.

(٢) المبسوط ١٣/ ٤٠، البدائع ٥/ ١٧٤، فتح القدير ٥/ ١١٠.

اشتراط مدة للخيار بقدر ما تدعو إليه الحاجة، ويختلف ذلك باختلاف الأمور: يوماً فأقل أو أكثر أو ثلاثة أيام أو شهر[١]. والحاجة إلى خيار التعيين لدفع الغبن تتحقق استحساناً عند الحنفية بالاختيار بين ثلاثة أصناف فقط؛ لأن الأشياء تتفاوت عادة بين مراتب ثلاث: هي الجيد والوسط والرديء[٢]. والجعالة أو الوعد بالجائزة تتحقق الحاجة فيها بالتسامح في جهالة العمل، لا في جهالة الجعل أو مقدار الجائزة التي يعلن عنها[٣].

تعليق على القواعد الفقهية وتطبيقاتها:

لقد ذكرت القواعد المتعلقة بنظرية الضرورة بالمعنى العام الذي يشمل الحاجة وأوردت أمثلة كثيرة عليها تشمل كما هو ظاهر مختلف أحوال الإنسان، ولكن ينبغي أن يلاحظ أن هذه القواعد ليست قوانين مطردة لا استثناء منها. وإنما هي قواعد أغلبية تشمل فقط طائفة من أحكام المسائل الجزئية، كما أبنت سابقاً، وفي كلّ منها استثناءات فرعية خارجة عن نطاقها.

وأما ما يستجد من الضرورات والحاجات للأفراد، فيمكن قياسه على الحالات التي أوردها العلماء مع التزام ضوابط الشرع العامة، وأصوله الكلية، لذا فإنني لم أتمكن من وضع ضابط محدد للحاجة، نظراً لتغير مدلولها وتطور مفهومها، فما قد يكون حاجة بالأمس قد يصبح ضرورة في الحاضر والغد، وما لم يكن حاجة في الماضي قد يصبح حاجة ملحة في الوقت الحاضر والمستقبل، ويمكن للمسلم أن يستأنس بما ذكرته في قاعدة: «الضرورة تقدر بقدرها»: من مراتب الرغبة في الأشياء حسب أهميتها وهي الضرورة والحاجة والمنفعة والزينة والفضول.

بل إن الضوابط التي ذكرتها للضرورة يصعب تحديدها بدقة متناهية، فمرجع ذلك إلى اطمئنان القلب واجتهاد المضطر. ومن الطبيعي أنه لا يصح ربط الحاجة

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ٢٠٧، القوانين الفقهية ٢٦٣، حاشية الدسوقي ٣/ ٩١، ٩٥.
(٢) البدائع ٥/ ١٥٧.
(٣) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/ ٦٠، رسالة الغرر وأثره في العقود للدكتور الصديق الأمين ٦٠٧.

بهوى الشخص ورغبته، وحبّ متطلبات الترف والنعيم المعروفة في الحياة الحاضرة، قال الله تعالى: ﴿وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ لَفَسَدَتِ ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ﴾ [المؤمنون: ٢٣/ ٧١]. وقال أيضاً: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [النحل: ١٦/ ١١٥]، ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٥/ ٣]. وعلى المؤمن الحريص على دينه أن يسترشد بالعلماء المختصين المعتدلين في آرائهم، فيسألهم عن حكم الله فيما يطرأ له من حاجات يراعي فيها العالم ظروف الواقعة وحالة الشخص السائل، دون إفراط ولا تفريط، وفي ضوء التزام مبدأ عدم التوسع في حكم القواعد الفقهية، ولا سيما عند تقدير وجود الحاجة المقتضية إباحة المحظورات، لأن الإباحة ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، فيستحِلّ المضطر من الحرام بقدر ما يدفع به الضرر.

قال الشاطبي[1]: وضع الله الشريعة على أن تكون أهواء النفوس تابعة لمقصود الشارع فيها، وينبغي الاحتياط في اتِّباع الرُّخص الشرعية، والأولى الأخذ بالعزائم، فالرُّخص التي أحب الله أن تؤتى[2]: هي ما ثبت الطلب الشرعي فيها.

وعلى هذا، فإني لا أستطيع وضع معايير دقيقة للحاجات، لا تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والظروف المحيطة والبيئة التي يعيش فيها الإنسان. والضابط العام الذي ذكرته للحاجة؛ هو توافر الجهد والمشقة والعسر والصعوبة المشبهة لحالة المرض المزعج للصحة مثلاً، والتي يغلب على الظن وجود ضرر بسببه، هذا مع العلم بأن هناك بعض حالات من الجهد لا يصح القياس عليها، مثل السفر الذي هو مظنة لوجود المشقة فيه، فلا يجوز شرعاً لغير المسافر أن يفطر في رمضان مثلاً، لأنه في مشقة، وذلك لعدم إمكان وضع معيار ثابت لحالات المشقة أثناء الإقامة والأحوال العادية المستمرة في هذه الحياة، وحينئذ يزعم كلّ إنسان أنه مضطر أو محتاج وهو ليس كذلك.

---

(١) الموافقات ١/ ٣٣٧ وما بعدها.

(٢) وذلك في قوله ﷺ: «إن الله يحب أن تؤتى رخصه، كما يحب أن تؤتى عزائمه» رواه أحمد والبيهقي عن ابن عمر، والطبراني عن ابن عباس مرفوعاً.

المبحث السابع

حكم الضرورة

حكم الضرورة: معناه الأثر المترتب على وجودها الذي يستدعي تقرير أحكام استثنائية لها تناسبها، فتقتضي إباحة المحظور أو ترك الواجب أو تأخيره، خلافاً للقواعد العامة المطردة المطبقة في الأحوال العادية.

وأبحث في حكم الضرورة هذا الأثر المباشر لها، وهل يجب على المضطر الأخذ بالحكم الاستثنائي؟ وهل حكم الضرورة مطلق يشمل حالة الطاعة وحالة المعصية؟ وهل هناك حدّ معين لتناول المباح؟ وهل يتأثر حق الغير في نطاق المسؤولية المدنية بسبب الضرورة؟

هذا ما أجيب عليه في المطالب الآتية:

المطلب الأول - أثر الضرورة في إباحة المحظور أو ترك الواجب:

للضرورة ومثلها الحاجة أحكام عرفناها في بحث الإكراه والرخصة وقواعد كلّ منهما وتطبيقاتهما، ومن أبرز تلك الأحكام أنه قد يباح المحظور، وقد يقتصر على ارتفاع المسؤولية الأخروية مع بقاء الحرمة، وقد يترك الواجب، وقد يؤخر الإتيان به.

وأذكر في هذا المطلب أثر الاضطرار في الأحكام، وأثر المشقة في تيسير الأحكام[1].

---

(١) راجع نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ٣٨٨ - ٤٠٠.

أ - أثر الاضطرار في الأحكام الشرعية:

لقد فصَّلت هذا الأثر عند الكلام على حالات الضرورة، وأجمله هنا في حالتي ضرورة الغذاء والإكراه، بصفته نموذجاً للبحث في حالة ضرورة الغذاء ونحوه. فيباح المحظور مؤقتاً، دفعاً للضرر عن النفس، فيؤذن للمضطر في تناول الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر ونحو ذلك مما حرمه الله تعالى من المطعومات والمشروبات.

وفي الإكراه: قد يباح الفعل المحرَّم حالة الاختيار، وقد يرخص فيه، ولكن حرمته مؤبدة لا تحتمل السقوط أبداً، وقد يرخص فيه، وحرمته تحتمل السقوط في الجملة، وقد لا يباح ولا يرخص فيه إطلاقاً، فذلك أربعة أقسام هي ما يأتي(١):

الأول - يباح الفعل المحرم كأكل الميتة ولحم الخنزير وتناول الخمر والدم وذلك في حالة الإكراه الملجئ فقط، لأن حرمة هذه الأشياء لم تثبت بالنص إلا عند الاختيار، والاستثناء من الحرمة إباحة، وهو قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ٦/ ١١٩] حتى إن المضطر، والمستكرَه بالقياس عليه، لما قد يلحقه من ضرر في النفس أو في العضو، إذا امتنع عن الأكل من الميتة ونحوها حتى قتل، كان آثماً إن كان عالماً بسقوط الحرمة في حالته تلك. وأما الإكراه غير الملجئ فلا يبيح هذه الأشياء لعدم الضرورة.

الثاني - يرخص في الفعل، أي إن الإكراه لا يبيحه، لأن حرمته مؤبدة، ولكن يمنع الإثم والمؤاخذة الأخروية، مثل إجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان، فيرخص فيه بالإكراه الملجئ فقط، وإن صبر الشخص على ما أكره عليه وقتل، صار شهيداً، والأفضل عند الحنفية، والحنابلة(٢) عدم التلفظ بالكفر إظهاراً لعزة الإسلام وإعلاءً لكلمة الحق، عملاً بقصة خبيب بن عدي وعمار حيث

---

(١) التقرير والتحبير ٢/ ٢١١، مرآة الأصول ٢/ ٤٦٤، شرح المنار ٣٧٢، وحاشية نسمات الأسحار ٢٩٤، التلويح على التوضيح ٢/ ٢٠٠.

(٢) كشف الأسرار ١/ ٦٣٦، تكملة فتح القدير ٧/ ٢٩٩ وما بعدها، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ٤٩، ١١٨.

قتل المشركون أهل مكة خبيباً، لأنه لم يوافقهم على ما زعموا، فكان عند المسلمين أفضل من عمار الذي نال - في الظاهر - من الرسول ﷺ وذكر آلهتهم بخير، وأقرَّه الرسول ﷺ على فعله، وقال له: «إن عادوا فعُدْ»[1]، أي فإن عادوا إلى الإكراه فعُد إلى الترخُّص، أو فإن عادوا إلى الإكراه، فعُدْ إلى طمأنينة القلب.

الثالث - لا يباح الفعل ولكن يرخص فيه في الجملة، وهي حقوق العباد كإتلاف مال الغير، وتناول المضطر مال غيره، فأخذه حرام، ولكن هذه الحرمة قد تزول بإذن صاحب المال بالتَّصرف، وإذا أكره الشخص على الإتلاف إكراهاً ملجئاً أو اضطر إلى أخذ المال للانتفاع به، فإنه يرخص له فيه مع بقاء الحرمة كالقسم السابق، لأن إتلاف المال في ذاته ظلم؛ وبالإكراه ونحوه لا تزول عصمة المال في حق صاحبه، لبقاء حاجته إليه، فيكون إتلافه وإن رخص فيه باقياً على الحرمة، فإن صبر المستكره على ما هدد به كالقتل مثلاً، وقتل، كان شهيداً لأنه بذل نفسه لدفع الظلم.

ونظراً لبقاء حرمة المال وعدم إباحته بالإكراه، فيجب عند الحنفية والحنابلة على المكرَه ضمان المتلف؛ لأن عصمة المال ثابتة دائماً لصاحبه، ولا تزول العصمة إلا بإرادته.

والحقيقة أن هذا النوع مثل النوع السابق من حيث النتيجة وأثر الإكراه فيه، إلا أن النوع السابق لا تحتمل حرمته السقوط أبداً في أي حالة من الحالات، وهذا النوع قد تسقط حرمته في الجملة بإرادة صاحبه.

ومما يدخل تحت هذا النوع حقوق الله التي تحتمل السقوط في الدنيا كالعبادات فإنه يجوز تركها بالإكراه الملجئ.

والخلاصة: أن ما تضمنه النوعان الثاني والثالث لا يباح بالإكراه، ولكن يرخص فيه للضرورة.

(١) انظر قصة خبيب في نيل الأوطار ٧/ ٢٥٣ وما بعدها، رواها أحمد والبخاري وأبو داوود والنَّسائي عن أبي هريرة، وروى قصة عمار الحاكم والبيهقي وأبو نعيم وعبد الرزاق وإسحاق بن راهويه (نصب الراية ٤/ ١٥٨).

الرابع - لا يباح الفعل ولا يرخص فيه أصلاً كالقتل بغير حق، والاعتداء على عضو من الأعضاء، والزِّنا، فهذه الأمور لا تحلُّ بالإكراه مطلقاً، وإنما يكون الإكراه شبهة تدرأ بها الحدود، إذا كان الإكراه ملجئاً استحساناً، لأن الحدّ للزجر، ولا حاجة إلى الزجر عند الإكراه.

وأما في حالة الإكراه غير الملجئ فلا تحد المرأة لشبهة الرخصة في حقها، ويحدّ الرجل المستكره على الزِّنا، لعدم قيام شبهة الرخصة في حقه.

والفرق بين الرجل والمرأة هو أن الإكراه الملجئ لا يكون رخصة في حق الرجل، حتى يكون غير الملجئ شبهة رخصة بالنسبة إليه، وإنما لم يحدّ حالة الإكراه الملجئ، فلعدم توافر معنى الحد وهو الزجر كما أوضحت.

وسبب التفرقة المذكورة أن زنا الرجل يعتبر بمنزلة قتل النفس، لما يترتب عليه من ترك الولد المخلوق بدون نسب، إذ إنه بالزِّنا قطع النَّسب عنه، وأما زنا المرأة فلا يعدّ بمنزلة قتل النفس، إذ لا يترتب عليه إهدار أو قطع النسب عن المولود، لأن الولد ينسب عادةً وشرعاً لأبيه لا لأمه.

والخلاصة: أن الإكراه لا يكون دائماً من أسباب إباحة المحظور، وإنما قد يباح المحظور به، وقد لا يباح وحينئذ يعدّ من موانع المسؤولية الجنائية فقط، وذلك خلافاً لما عليه شرّاح القانون الجنائي في سورية ومصر، حيث إن الإكراه عندهم من أسباب موانع المسؤولية الجنائية، وليس من أسباب الإباحة.

ب – أثر المشقة في تيسير الأحكام:

ذكرت أمثلة الموضوع بالتفصيل في قاعدة «المشقة تجلب التيسير»، وأبنت أنواع المشقة التي تصاحب الفعل المكلف به، وأنه ليس كلّ مشقة تجيز التيسير والترخيص بالأحكام، فالحالة التي يمكن أن تكون معياراً دائماً وضابطاً لا يختلف، والتي يغلب فيها في الواقع وجود المشقة كما في السفر والمرض، هي التي تسوغ وجود أحكام استثنائية، يراعى فيها الظرف الاستثنائي المحيط بالشخص، وما عدا ذلك فلا تكون المشقة مستوجبة للتيسير والاستثناء.

قال الشاطبي[١]: «المشقات التي هي مظان التخفيفات في نظر الناظر على ضربين:

أحدهما - أن تكون حقيقية وهو معظم ما وقع فيه الترخيص، كوجود المشقة المرضية والسفرية، وشبه ذلك مما له سبب معين واقع.

والثاني - أن تكون توهمية مجردة، بحيث لم يوجد السبب المرخص لأجله، ولا وجدت حكمته وهي المشقة، وإن وجد منها شيء، لكن غير خارج عن مجاري العادات (أي إن المشقة معتادة مألوفة).

فأما النوع الأول - فإن ألحق بالإنسان ضرراً لا يطيقه طبعاً أو شرعاً، ويكون ذلك محققاً، لا مظنوناً ولا متوهماً، فيقتضي الترخيص.

وإن كان إلحاق الضرر مظنوناً، فظنون الناس تختلف، والأصل البقاء على أصل العزيمة (أي تطبيق الأحكام العامة).

وأما النوع الثاني - وهو أن تكون المشقة توهمية، بحيث لم يوجد السبب ولا الحكمة، فالصواب فيها الوقوف مع أصل العزيمة، إلا في المشقة المخِلَّة الفادحة، فإن الصبر أولى، ما لم يؤدِّ ذلك إلى خلل في عقل الإنسان أو دينه».

ثم لخص الشاطبي ما ذكره فقال[٢]: «فقد تبين من هذا أن مشقة مخالفة الهوى لا رخصة فيها ألبتة، والمشقة الحقيقية فيها الرخصة بشرطها (وهو أن تلحق بالإنسان ضرراً محققاً)، وإذا لم يوجد شرطها، فالأحرى بمن يريد براءة ذمته وخلاص نفسه، الرجوع إلى أصل العزيمة، إلا أن هذه الأخروية تارة تكون من باب الندب، وتارة تكون من باب الوجوب».

ويترتب على وجود المشقة آثار مختلفة ذكرتها في حالات الضرورة، فقد يسقط وجوب العبادة كالحج عند فقد الأمن في الطريق، وكالصلاة عند وجود عذر الحيض أو النفاس.

---

(١) الموافقات ١/ ٣٣٣ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ١/ ٣٣٧.

وقد ينقص مقدار الواجب كقصر الصلاة الرباعية إلى ركعتين في أثناء السفر. وقد يؤجل تنفيذ الواجب كتأجيل الصوم بسبب السفر أو المرض، وما يشبهه من الحمل والحيض والنفاس.

وقد تتغير هيئة الواجب، كما في صلاة الخوف، وصلاة المريض بالإيماء، وصلاة النافلة على الراحلة دون التزام الاتجاه إلى القبلة.

وقد تجوز بعض العقود للحاجة كالسلم والاستصناع والمضاربة والمساقاة وغير ذلك مما هو توسعة على الناس، وإن كان فيه مانع بحسب قاعدة أخرى في الشرع، كما ذكرت في حالات الضرورة.

المطلب الثاني - هل يجب العمل بمقتضى الضرورة؟

أشار العلماء إلى هذا الحكم عند الكلام على ضرورة الغذاء، والإكراه، وقد اختلفوا في العمل بمقتضى الضرورة، هل هو جائز أو واجب؟

قال الظاهرية، وأبو يوسف وأبو إسحاق الشيرازي من الشافعية وفي وجه عند الحنابلة، وفي رواية عن أبي يوسف[1]: يباح للمضطر أو للمستكره تناول الحرام كأكل الميتة والدم ولحم الخنزير، وشرب الخمر أو أخذ مال الغير، فلا يأثم، لأن الإقدام على ذلك رخصة، والحرمة ما تزال قائمة، فلو امتنع عن التناول في حالة الضرورة أو الإكراه، ومات، فلا إثم ولا حرج عليه، لأنه أخذ بالعزيمة، ولأن الله تعالى يقول: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ٦/ ١١٩]، ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [النحل: ١٦/ ١١٥]، ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٥/ ٣]، فظاهر هذه النصوص يفيد الحل أو الإباحة فقط، لأن الاستثناء المذكور فيها استثناء من التحريم، والاستثناء من التحريم حلّ أو إباحة، كما يقول علماء الأصول.

ويؤيده ما روي عن عبد الله بن حذافة السهمي صاحب رسول الله ﷺ: «أن طاغية الروم حبسه في بيت، وجعل معه خمراً ممزوجاً بماء، ولحم خنزير مشوي،

(١) المحلى ٨/ ٣٨١، المغني ٨/ ٥٩٦، المهذب ١/ ٢٥٠، تكملة فتح القدير ٧/ ٢٩٨.

ثلاثة أيام، فلم يأكل ولم يشرب، حتى مال رأسه من الجوع والعطش، وخشوا موته، فأخرجوه فقال: قد كان الله أحلّه لي، لأني مضطر، ولكن لم أكن لأشمّتك بدين الإسلام».

وقال الحنفية في ظاهر الرواية، والمالكية، والشافعية في الأصح عندهم والحنابلة في المختار عندهم[1]: يباح للمضطر أو للمستكره، بل يجب عليه تناول المحظور[2] للحفاظ على نفسه من الهلاك بمقدار ما يسد رمقه (أي بقية حياته)، فلو امتنع من التناول حتى مات، يؤاخذ به، ويكون آثماً، لأن ذلك إلقاء بالنفس إلى الهلاك، والله تعالى يقول: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ٢/١٩٥]، ويقول سبحانه: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٤/٢٩]، ولأنه قادر على إحياء نفسه بما أحلَّه الله له، فلزمه أكله، كما لو كان معه طعام حلال[3].

وعبارة الحنفية كما أوضح صاحب (المبسوط) في بيان هذا الدليل العقلي، وهو وجه ظاهر الرواية هي: أن الحرمة لا تتناول حالة الضرورة، لأنها مستثناة بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ٦/١١٩]، فإما أن يقال: يصير الكلام عبارة

---

(١) المبسوط ٤٨/٢٤، البدائع ١٧٦/٧، تبيين الحقائق ٥/ ١٨٥، الدّر المختار وردّ المحتار ٥/ ٩٢، ٢٣٨، درر الحكام وشرح غرر الأحكام لمنلا خسرو ١/ ٣١٠، تكملة فتح القدير، المكان السابق، الشرح الكبير للدردير ٢/ ١١٥، مغني المحتاج ٣٠٦/٤، المغني، المكان السابق، القوانين الفقهية لابن جزي ١٧٣، تفسير الجصاص ١٤٨/١، ١٥٠، أحكام القرآن لابن العربي ٥٦/١، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ٨٠، كشاف القناع ١٥٨/٦، الفروق للقرافي ٤/ ١٨٣.

(٢) قال صاحب الاختيار من علماء الحنفية: قال ﷺ: «إن الله ليؤجر في كلّ شيء، حتى اللقمة يرفعها العبد إلى فيه». فإن ترك الأكل والشرب حتى هلك، فقد عصى، لأن فيه إلقاء النفس إلى التهلكة، وأنه منهي عنه في محكم التنزيل. وقال في ملتقى الأبحر وشرحه: بخلاف من امتنع عن التداوي حتى مات، إذ لا يتيقن بأنه يشفيه (راجع ردّ المحتار لابن عابدين ٥/ ٢٣٨).

(٣) قال مسروق: من اضطر فلم يأكل ولم يشرب، ثم مات، دخل النار. وهذا يقتضي أن أكل الميتة للمضطر عزيمة لا رخصة. قال أبو الحسن الطبري المعروف بألكيا الهراسي رفيق الغزالي بالاشتغال بالتصوف: وهذا هو الصحيح عندنا، كالإفطار للمريض ونحو ذلك (تفسير ابن كثير ١/ ٢٠٦).

عما وراء المستثنى، وقد كان مباحاً قبل التحريم، فيبقى على ما كان في حالة الضرورة؛ أو يقال: الاستثناء من التحريم إباحة، وإذا ثبتت الإباحة، فامتناعه (أي المضطر) من التناول حتى تلف، كامتناعه من تناول الطعام الحلال، حتى تلفت نفسه، فيكون آثماً في ذلك.

وعلى هذا، فإن حالة الضرورة مستثناة بالنص، فلا يبقى عندئذ حرمة، فكان الأمر إباحة لا رخصة.

إلا أنه - كما ذكر صاحب الهداية - إنما يأثم الممتنع عن التناول **إذا علم بالإباحة** في هذه الحالة، لأن بيان حكم الإباحة في هذه الحالة مختص بمعرفة الفقهاء، فيعذر الشخص العادي بالجهل به، كالجهل بالأحكام الشرعية في بدء الدخول في الإسلام، أو فيما إذا كان المسلم في دار الحرب، ولم يعلم بذلك.

هذا فيما يتعلق بحكم إباحة المحظورات من ميتة ودم وخمر ولحم خنزير ونحوها، فإن كان الأمر **متعلقاً بأصل الإسلام** (أي عند الإكراه على إعلان الكفر) **أو فيه اعتداء على حق الغير** كإتلاف ماله أو قتله أو الزِّنا بامرأته عند الإكراه، فلا يجب باتفاق الفقهاء العمل بالضرورة، وإنما يرخص في ذلك، ولا يباح الفعل حينئذ، وترتفع فقط المسؤولية الدينية في الآخرة، فلا إثم على المضطر بعذر الإكراه أو الضرورة.

المفاضلة بين الميتة والطعام، أو هل يأكل المضطر الميتة أو طعام الغير؟

إذا وجد المضطر ميتة وطعاماً طيباً عادياً للغير وهو غائب، فما الذي يجب عليه التناول منه؟

قال الجمهور وهم أكثر الحنفية، والشافعية على المعتمد عندهم والحنابلة[(١)]: إنه يأكل الميتة[(٢)]، لأن أكل الميتة ثبت بالنص، وطعام الغير ثبت بالاجتهاد، فقدم

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ١٢٤، تفسير الجصاص ١/١٤٨، المهذب ١/ ٢٥٠، مغني المحتاج ٤/ ٣٠٩، المغني ٨/ ٦٠٠.

(٢) قال الحموي شارح أشباه ابن نجيم: الظاهر أنه مقيد بما إذا لم يعلم رضا المالك، كما هو مقتضى القواعد.

أكل الميتة عليه، ولأن الميتة لا تبعة فيها لأحد من الناس في الدنيا ولا في الآخرة، فكان أكلها أخف من أكل طعام الغير. فإن حقوق الناس مبنية على التشديد. أما لو حصل بأكل الميتة شيء من المرض الجسدي فيرجى الشفاء منه بالمداواة. وعبارة الحنفية هي: المذهب عندنا في المضطر أنه لا يجب عليه أكل مال الغير مع الضمان[١].

وقال المالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنفية[٢]: يقدم طعام الغير على أكل الميتة ندباً لا وجوباً، إن لم يخف الأذى من قطع عضو، أو ضرب ونحوه؛ لأن الطعام طاهر، ولأن الغالب أن الإنسان يقدم على بذل طعامه للمضطر ولا يتوقف في ذلك.

قال القرطبي: سئل الإمام مالك عن المضطر إلى أكل الميتة، وهو يجد مال الغير تمراً أو زرعاً أو غنماً، فقال: إن أمن المضطر على بدنه بحيث لا يعد سارقاً، ويصدق في قوله، أكل من أي ذلك وجد ما يرد جوعه، ولا يحمل منه شيئاً، وذلك أحب إلي من أن يأكل الميتة. وإن هو خشي ألّا يصدقوه وأن يعدوه سارقاً، فإن أكل الميتة أجوز عندي، وله في أكل الميتة على هذه المنزلة سعة.

وهذا الرأي هو الذي تميل إليه طبائع النفوس البشرية فيرجع على الرأي السابق، ولا سيما أن حق الغير إذا لم يكن الغير مقبلاً على حالة من الضرورة المشابهة مصون بضمان طعامه، فيغرم المضطر بدل ما أكل من قيمة في المتقوم، ومثل في المثلي.

قال ابن كثير[٣]: إذا وجد المضطر ميتة وطعام الغير بحيث لا قطع فيه ولا أذى، فإنه لا يحل له أكل الميتة بل يأكل طعام الغير بغير خلاف[٤].

---

(١) فتح القدير ٤/ ٢٨٨

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٢/ ١١٦، مغني المحتاج ٤/ ٣٠٩، المهذب، المكان السابق، الأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرحه للحموي، المكان السابق، القوانين الفقهية لابن جزي ١٧٣، تفسير القرطبي ٢/ ٢٢٩

(٣) تفسير ابن كثير ١/ ٢٠٥

(٤) كذا قال، وقد عرفنا أن هناك خلافاً في المسألة.

هل يجب إطعام المضطر؟

لم أجد خلافاً بين الفقهاء في أنه يجب على مالك الطعام أو المال، إذا لم يكن محتاجاً إليه في الحال أن يبذله إلى المحتاج إليه بقيمته، ليدفع عنه أذى الجوع أو الضرر الذي قد يلحق به، فإن امتنع أو طلب أكثر من ثمن المثل فيجوز قتاله لأخذه جبراً عنه، لأن المسلمين متضامنون متعاونون على السّراء والضّراء، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٥/٢]، وقال سبحانه أيضاً: ﴿لَّيْسَ ٱلْبِرَّ أَن تُوَلُّواْ وُجُوهَكُمْ قِبَلَ ٱلْمَشْرِقِ وَٱلْمَغْرِبِ وَلَٰكِنَّ ٱلْبِرَّ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ وَٱلْكِتَٰبِ وَٱلنَّبِيِّـۧنَ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَٱلسَّآئِلِينَ وَفِى ٱلرِّقَابِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٧]. قال الجصاص[١]: من الناس من يقول: أراد به حقوقاً واجبة في المال سوى الزكاة نحو وجوب صلة الرحم إذا وجده ذا ضرّ شديد، ويجوز أن يريد من قد أجهده الجوع، حتى يخاف عليه التّلف، فيلزمه أن يعطيه ما يسد جوعته. ويجوز أن يراد به ما يلزم من طعام الجائع المضطر.

ولأن امتناع مالك المال أو الطعام من بذله للمضطر إليه إعانة على قتله[٢]، وقد قال النّبي ﷺ: «من أعان على قتل امرئ مسلم، ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه: آيس من رحمة الله»[٣].

ولا يجوز للمضطر في هذه الحالة أن يأكل الميتة، لأنه غير مضطر. والتزامه بدفع قيمة الطعام أمر مقرّر كما هو معلوم لأن الإباحة للاضطرار لا تنافي الضمان.

هذا وقد خصص عموم الحديث المتفق عليه عن أبي بكرة: «إن دماءكم

(١) أحكام القرآن له: ١/ ١٥٣ وما بعدها.

(٢) راجع ردّ المحتار ٥/ ٢٣٨، المهذب ١/ ٢٥٠، مغني المحتاج ٤/ ٣٠٨، المغني ٨/ ٦٠٢، الحسبة لابن تيمية ٤٠، الطرق الحكمية لابن قيم ٢٦٠، ط السنة المحمدية، كشاف القناع ٦/ ١٥٨، غاية المنتهى ١/ ٣١٦، القوانين الفقهية ٣٣٩، الموافقات ٢/ ٣٥٢. قال الحنابلة: ولا يكره ادّخار قوت أهله ودوابه ولو سنين، وليس لمضطر زمن مجاعة بذل قوته لمضطرين (غاية المنتهى ٢/ ٢٢).

(٣) رواه ابن ماجه عن أبي هريرة، وهو حديث ضعيف.

وأموالكم عليكم حرام» بأشياء منها: أخذ الزكاة كرهاً، والشفعة، وإطعام المضطر، والقريب المعسر، والزوجة، وقضاء الدين، وكثير من الحقوق المالية[١].

ويحسن أن أنقل هنا عبارات بعض الفقهاء في هذا الموضوع:

قال في الفتاوى البزازية: «خاف الموت جوعاً، ومع رفيقه طعام، أخذ بالقيمة منه قدر ما يسدّ جوعته، وكذا يأخذ قدر ما يدفع العطش، فإن امتنع قاتله بلا سلاح، فإن خاف الرفيق الموت جوعاً أو عطشاً، ترك له البعض، وإن قال له آخر: اقطع يدي وكُلْها، لا يحل، لأن لحم الإنسان لا يباح في الاضطرار لكرامته»[٢].

وقال ابن رجب الحنبلي في قواعده[٣]: «ما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به من الأعيان، ولا ضرر في بذله لتيسيره، وكثرة وجوده؛ أو المنافع المحتاج إليها، يجب بذله مجاناً بغير عوض في الأظهر، ويندرج تحت ذلك مسائل»، وقد ذكر من هذه المسائل: «ضيافة المجتازين» (أي عابري السبيل) قال: المذهب وجوبها، وأما إطعام المضطرين، فواجب لكن لا يجب بذله مجاناً، بل بالعوض. وأما المنافع المضطر إليها كمنفعة الظهر (أي الدابة للركوب عليها) للمنقطعين في الأسفار، وإعارة ما يضطر إليه، ففي وجوب بذلها وجهان، واختار الشيخ تقي الدين بن تيمية أن المضطر إلى الطعام إن كان فقيراً، وجب بذله له مجاناً، لأن إطعامه فرض كفاية، لا يجوز أخذ عوض عنه بخلاف الغني، فإن الواجب معاوضته فقط.

قال ابن رجب: وهذا حسن، وحكى الآمدي الشافعي رواية أنه لا يضمن المضطر الطعام الذي أخذه من صاحبه قهراً لمنعه إياه.

وقال في غاية المنتهى عند الحنابلة[٤]: «ومن اضطر إلى طعامِ غيرِ مضطر أو شرابه، فطلبه فمنعه أو امتنعت مرضعة طفل حتى مات، أو أخذَ طعام غيره أو

---

(١) نيل الأوطار ٥/ ٣١٧.

(٢) ردّ المحتار على الدّر المختار ٥/ ٢٣٨.

(٣) القاعدة التاسعة والتسعون من كتاب القواعد ٢٢٧، وانظر كشاف القناع ٦/ ١٦٠.

(٤) ٣/ ٢٨٥.

شرابه وهو عاجز فتلف أو دابته، أو أخذ ما يدفع به صائلاً عليه، من سبع ونحو فأهلكه ضمنه..».

وقال ابن القيم[١]: فإذا قُدر أن قوماً اضطروا إلى السكنى في بيت إنسان، لا يجدون سواه[٢]، أو النزول في خان مملوك، أو استعارة ثياب يستدفئون بها، أو رحى للطحن، أو دَلْوٍ لنزع الماء، أو قِدْر، أو فأْس، أو غير ذلك: وجب على صاحبه بذله بلا نزاع، لكن هل له أن يأخذ عليه أجراً؟ فيه قولان للعلماء، وهما وجهان لأصحاب أحمد.

ومن جوز له أخذ الأجرة، حَرم عليه أن يطلب زيادة على أجرة المثل.

قال شيخنا (أي ابن تيمية): والصحيح أنه يجب عليه بذل ذلك مجاناً، كما دلَّ عليه الكتاب والسُّنة، قال الله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ ۝٤ ٱلَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ۝٥ ٱلَّذِينَ هُمْ يُرَآءُونَ ۝٦ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ۝٧﴾ [الماعون: ١٠٧/ ٤-٧]. قال ابن مسعود وابن عباس وغيرهما من الصحابة: «هو إعارة القِدر والدّلو والفأس ونحوها»، وفي الصحيحين عن النَّبي ﷺ - وذكر الخيل - قال: «هي لرجل أجر، ولرجل ستْر، وعلى رجل وِزْر، فأما الذي هي له أجر: فرجل ربطها في سبيل الله، وأما الذي هي له ستر، فرجل ربطها تَغَنّياً وتعفُّفاً، ولم ينس حق الله في رقابها، ولا في ظهورها». وفي الصحيحين عنه أيضاً: «من حق الإبل: إعارة دلوها، وإطراق فحلها». وفي الصحيحين عنه: «أنه نهى عن عَسْب الفحل» أي عن أخذ الأجرة عليه، والناس يحتاجون إليه، فأوجب بذله مجاناً، ومنع من أخذ الأجرة عليه، وفي الصحيحين عنه أنه قال: «لا يمنعن جار جارَه أن يغْرِز خشبة في جداره».

ولو احتاج إلى إجراء مائه في أرض غيره، من غير ضرر لصاحب الأرض، فهل يجبر على ذلك؟ روايتان عن أحمد. والإجبار قول عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة رضي الله عنهم.

---

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ٢٦٠.
(٢) وذلك كما في حالة فيضان أو حريق أو حرب ونحو ذلك.

قال ابن قدامة الحنبلي[١]: إذا اضطر فلم يجد إلا طعاماً لغيره، نظرنا: فإن كان صاحبه مضطراً إليه فهو أحق به، ولم يجز لأحد أخذه منه، لأنه مساواة في الضرورة، وانفرد بالملك فأشبه غير حال الضرورة، وإن أخذه منه أحد، فمات لزمه ضمانه، لأنه قتله بغير حق. وإن لم يكن صاحبه مضطراً إليه، لزمه بذله للمضطر، لأنه يتعلق به إحياء نفس آدمي معصوم، فلزمه بذله له، كما يلزمه بذل منافعه في إنجائه من الغرق والحريق. فإن لم يفعل؛ فالمضطر أخذه منه، لأنه مستحق له، دون مالكه، فجاز له أخذه كغير ماله. فإن احتيج في ذلك إلى قتال، فله المقاتلة عليه، فإن قتل المضطر فهو شهيد، وعلى قاتله ضمانه. وإن آل أخذه إلى قتل صاحبه، فهو هدر، لأنه ظالم بقتاله، فأشبه الصائل... وإن اشتراه بأكثر من ثمن مثله، لم يلزمه إلا ثمن مثله، لأنه صار مستحقاً له بقيمته.

وقال الأذرعي الشافعي وغيرُه[٢]: «للمضطر قهر الممتنع عن بذل الطعام على أخذه، وإن احتاج إليه المانع في المستقبل، وإن قتله، ولا يجب قتاله كالصائل، بل أولى: أي إذا كان صاحب الطعام مسلماً. وإنما يجوز قتاله على ما يدفع ضرره به، وهو ما يسدُّ الرمق، إلا أن يخشى الهلاك، لأن الضرورة تتقدر بقدرها، ولا يقتص منه (أي من المضطر) للممتنع إن قتله ولا تؤخذ له دية، ويقتص له إن قتله الممتنع، لأنه لم يتعد، بخلاف الممتنع؛ فإن عجز عن أخذه منه ومات جوعاً، فلا ضمان على الممتنع إذا لم يحدث منه فعل مهلك، لكنه يأثم».

وقال الشافعية أيضاً: «وأما بيع الماء لمحتاجه، والطعام من المضطر، فالواجب فيهما التمليك لا البيع نفسه».

ويؤيد هذه الأقوال قوله تعالى: ﴿مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرَ ﴿٤٢﴾ قَالُوا لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ ﴿٤٣﴾ وَلَمْ نَكُ نُطْعِمُ الْمِسْكِينَ ﴿٤٤﴾﴾ [المدثر: ٧٤/ ٤٢-٤٤]، قرن الله تعالى إطعام المسكين بوجوب الصلاة. وعن رسول الله ﷺ من طرق كثيرة في غاية الصحة أنه قال: «من لا يرحم الناس لا يرحمه الله»[٣].

---

(١) المغني ٧/ ٨٣٤، ٨/ ٦٠٢.

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٣٩، ٤/ ٣٠٨ وما بعدها.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده والبخاري ومسلم والترمذي عن جرير بن عبد الله.

قال ابن حزم[(١)]: «ومن كان على فضلة (أي زائد عن حاجته) ورأى المسلم أخاه جائعاً عرياناً ضائعاً، فلم يغثه، فما رحمه بلا شك.

ولا يحل لمسلم اضطر أن يأكل ميتة أو لحم خنزير، وهو يجد طعاماً فيه فضل عن صاحبه لمسلم أو لذمّي، لأن فرضاً على صاحب الطعام إطعام الجائع، فإن كان ذلك كذلك، فليس بمضطر إلى الميتة، ولا إلى لحم الخنزير، وبالله تعالى التوفيق.

وله أن يقاتل عن ذلك، فإن قُتِل فعلى قاتله القوَد (أي القصاص)، وإن قتل المانع، فإلى لعنة الله، لأنه منع حقّاً، وهو طائفة باغية، قال الله تعالى: ﴿فَإِنۢ بَغَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا عَلَى ٱلۡأُخۡرَىٰ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ﴾ [الحجرات: ٩/٤٩]، ومانع الحق باغ على أخيه الذي له الحق، وبهذا قاتل أبو بكر الصِّدِّيق رضي الله عنه مانع الزكاة، وبالله تعالى التوفيق».

وقال ابن نجيم[(٢)]: ولو أراد المضطر إيثار غيره بالطعام لاستبقاء مهجته، كان له ذلك، وإن خاف فوات مهجته.

حال المجاعة العامة:

إن ما ذكرته من وجوب بذل الطعام للمضطر مقيد كما تقدّم بما إذا لم يكن صاحب الطعام مضطراً أيضاً، فلا يجب عليه بذله حينئذ.

قال ابن قدامة الحنبلي[(٣)]: إذا اشتدت المخمصة في سنة المجاعة، وأصابت خلقاً كثيراً، وكان عند بعض الناس قدر كفايته وكفاية عياله، لم يلزمه بذله للمضطرين، وليس لهم أخذه منه، لأن ذلك يفضي إلى وقوع الضرورة به، ولا يدفعها عنهم. وكذلك إن كانوا في سفر، ومعه قدر كفايته من غير فضلة، لم يلزمه بذل ما معه للمضطرين.

---

(١) المحلى ٦/٤٥٣ وما بعدها، ٤٥٦، ١٠/ ٦٣٢.

(٢) الأشباه والنظائر ٢/ ١٥٣.

(٣) المغني ٨/ ٦٠٣، وراجع كشاف القناع ٦/ ١٥٨.

المطلب الثالث - اقتران حالة الضرورة بمعصية شرعية:

إذا اقترن بحالة الضرورة معصية شرعية كقطع الطريق وإخافة السبيل، والبغي على المسلمين وقتالهم، والخروج عن طاعة الحاكم العادل، والإخلال بالأمن، ونحو ذلك، فهل يجوز الاستفادة من الأحكام الاستثنائية المرخص بها حال الضرورة؟

اختلف الفقهاء في هذا:

قال الحنفية: إن المطيع لله والعاصي لا يختلفان فيما يحلُّ لهما من المأكولات ويحرم، فسائر المأكولات التي هي مباحة للمطيعين، هي مباحة للعصاة، كسائر الأطعمة والأشربة المباحة، وكذلك ما حرم من الأطعمة والأشربة لا يختلف في تحريمه حكم المطيعين والعصاة، فلما كانت الميتة مثلاً مباحة للمطيعين عند الضرورة، وجب أن يكون كذلك حكم العصاة فيها، كسائر الأطعمة المباحة في غير حال الضرورة، ودليلهم: أن سبب وجود الترخيص قائم وهو السفر، أما العصيان فهو أمر منفصل عن السفر، وقد يوجد في حال الإقامة، والنهي لمعنى منفصل عن أمر من كلّ وجه لا ينافي مشروعية ذلك الأمر كالصلاة في الأرض المغصوبة[١]. قال في مسلم الثبوت: سفر المعصية لا يمنع الرخصة عندنا[٢].

قال الجصاص: والقول بأنه لا رخصة للعاصي قضية فاسدة بإجماع المسلمين[٣]، لأنهم رخصوا للمقيم العاصي الإفطار في رمضان إذا كان مريضاً، وكذلك يرخصون له في السفر التيمم عند عدم الماء، ويرخصون للمقيم العاصي أن يمسح على الخف يوماً وليلة.

ومن أمثلة معاصي المقيم غير المسافر: الإصرار على عدم ردِّ المظالم لأهلها، أو ترك الصلاة أو الصوم دون أن يتوب منه، أو إدمان شرب الخمر أو المخدرات ونحوها[٤].

---

(١) التوضيح ٢/ ١٩٤.
(٢) مسلم الثبوت ١/ ١١٣.
(٣) هذا الإجماع محل نظر، فإنه غير ثابت، كما سأذكر الخلاف.
(٤) راجع أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٤٧ وما بعدها.

وأضاف الجصاص قائلاً: قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ﴾ يوجب الإباحة للجميع من المطيعين والعصاة، وقوله في الآية الأخرى: ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾، وقوله: ﴿غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ﴾ لما كان محتملاً أن يريد به البغي والعدوان في الأكل، واحتمل البغي على الإمام أو غيره، لم يجز لنا تخصيص عموم الآية الأخرى بالاحتمال، بل الواجب حمله على ما يواطئ معنى العموم من غير تخصيص، يعني أن المراد من التحريم في آية ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ هو مجاوزة حدّ الضرورة أو ما تندفع به الحاجة عند الأكل من الميتة.

وقد اتفقوا أيضاً (أي الفقهاء) على أن المسافر لو لم يكن سفره في معصية (أي لم ينشئ سفر معصية) بل كان سفره لحج أو جهاد، أو تجارة، وكان مع ذلك باغياً على رجل في أخذ ماله، أو عادياً في ترك صلاة، أو زكاة، لم يكن ما هو عليه من البغي والعدوان مانعاً من استباحة الميتة للضرورة، فثبت إذن أن قوله تعالى: ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ لم يرد به انتفاء البغي والعدوان في سائر الوجوه، وليس في آية الضرورة ذكر شيء منه مخصوص، فيوجب هذا كون اللفظ مجملاً مفتقراً إلى البيان، فلا يجوز تخصيص الآية الأولى به، لتعذر استعماله على حقيقته وظاهره، ومتى حملناه على البغي والتعدي في الأكل (أي الزائد على قدر الضرورة) استعملنا اللفظ على عمومه وحقيقته.

وأما مذهب مالك فاختلفت الرواية عنه، ففي رواية: لا يستبيح العاصي بسفره رخص السفر؛ لأن الله تعالى أباح ذلك عوناً، والعاصي لا يحل أن يعان، فإن أراد الأكل فليتب ويأكل. قال ابن العربي: وعجباً ممن يبيح ذلك له مع التمادي على المعصية، وما أظن أحداً يقوله، فإن قاله أحد فهو مخطئ قطعاً[1]. ودليل هذه الرواية قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾، فاشترط في إباحة الميتة للضرورة ألا يكون باغياً، والمسافر لقطع الطريق والمحاربة أو قطع رحم أو طالب إثم باغٍ ومعتدٍ، فلم توجد فيه شروط الإباحة. أي إن الإمام مالك بناء على هذه الرواية كالشافعية والحنابلة: في أنه لا يحلُّ للمضطر أكل الميتة إذا كان عاصياً

(١) أحكام القرآن ١/ ٥٨

بسفره (أي قاصداً لمعصية) لقوله تعالى: ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ [١]، وأما العاصي في أثناء سفره، فيباح له الرخص.

وقال الشاطبي[٢]: إن المولع بمعصية من المعاصي، لا رخصة له ألبتة، لأن الرخصة هنا هي عين مخالفة الشرع.

والمشهور من مذهب مالك فيما ذكره الباجي في (المنتقى): أن المضطر يجوز له الأكل من الميتة ونحوها في سفر المعصية، ولا يجوز له القصر والفطر، لقوله تعالى: ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ [٣].

قال ابن خُويزَ مَنْداد من المالكية: فأما الأكل عند الاضطرار، فالطائع والعاصي فيه سواء، لأن الميتة يجوز تناولها في السفر والحضر، وليس بخروج الخارج إلى المعاصي يسقط عنه حكم المقيم، بل أسوأ حالة من أن يكون مقيماً، وليس كذلك الفطر في رمضان وقصر الصلاة الرباعية، لأنهما رخصتان متعلقتان بالسفر، ولذلك قلنا: إنه يتيمم إذا عدم الماء في سفر المعصية، لأن التيمم في الحضر والسفر سواء، وكيف يجوز منعه من أكل الميتة والتيمم لأجل معصية ارتكبها، وفي تركه الأكل تلف نفسه، وتلك أكبر المعاصي، وفي تركه التيمم إضاعة الصلاة، أيجوز أن يقال له: ارتكبت معصية، فارتكب أخرى؟! أيجوز أن يقال لشارب الخمر: اِزن، وللزاني: اكفر؟! أو يقال لهما: ضعا الصلاة[٤]؟!

وقال القرطبي في الرَّد على ابن العربي[٥]: الصحيح خلاف قوله السابق، فإن إتلاف المرء نفسه في سفر المعصية أشد معصية مما هو فيه، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾ وهذا عام، ولعله يتوب في ثاني حال، فتمحو التوبة عنه ما كان. وقد قال مسروق: من اضطر إلى أكل الميتة والدم ولحم الخنزير، فلم يأكل، حتى مات، دخل النار، إلا أن يعفو الله عنه.

---

(١) بداية المجتهد: ١/٤٦٢.
(٢) الموافقات ١/٣٣٧.
(٣) راجع تفسير القرطبي: ٢/٢٣٣، القوانين الفقهية: ١٧٣، الفروق: ٢/٣٣.
(٤) تفسير القرطبي، المكان السابق.
(٥) تفسير القرطبي ٢/٢٣٢.

قال أبو الحسن الطبري (المعروف بألكيا الهراسي): وليس أكل الميتة عند الضرورة رخصة، بل هو عزيمة واجبة، ولو امتنع من أكل الميتة، كان عاصياً، وليس تناول الميتة من رخص السفر أو متعلقاً بالسفر، بل هو من نتائج الضرورة سفراً كان أو حضراً، وهو كالإفطار في رمضان للعاصي المقيم إذا كان مريضاً وكالتيمم للعاصي المسافر عند عدم الماء. قال: وهو الصحيح عندنا أي المالكية.

وهناك رواية ثالثة عند المالكية رواها زياد بن عبد الرحمن الأندلسي: وهو أن العاصي بسفره يقصر الصلاة، ويفطر في رمضان، إذ لا خلاف أنه لا يجوز له قتل نفسه بالإمساك عن الأكل، وأنه مأمور بالأكل على وجه الوجوب، ومن كان في سفر معصية لا تسقط عنه الفروض والواجبات من الصيام والصلاة، بل يلزمه الإتيان بها، فكذلك ما ذكرته[1].

وقد ردَّ القرطبي على المستدل بقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ فقال: هذا استدلال بمفهوم الخطاب، وهو مختلف فيه بين الأصوليين، ومنظوم هذه الآية أن المضطر غير باغٍ ولا عادٍ لا إثم عليه، وغيره مسكوت عنه، والأصل عموم الخطاب، فمن ادَّعى زواله لأمر ما فعليه الدليل[2]. ويؤكد ذلك تمام الآية ﴿فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ أي يغفر المعاصي، فأولى ألا يؤاخذ بما رخص فيه، ومن رحمته أنه رخص للناس.

وقال الظاهرية وأصحاب أحمد والشافعية: لا يحل للعاصي بسفره الاستفادة من الرُّخص الشرعية، لأن في جواز التَّرخص إعانة على المعصية، وعبارتهم ودليلهم ما يأتي:

قال ابن حزم[3]: ومن كان في سبيل معصية كسفر لا يحل، أو قتال لا يحل، فلم يجد شيئاً يأكله إلا الميتة أو الدم أو خنزيراً أو لحم سبع، أو بعض ما حرم عليه، لم يحل له أكله إلا أن يتوب؛ فإن تاب فليأكل حلالاً، وإن لم يتب، فإن أكل، أكل حراماً، وإن لم يأكل، فهو عاصٍ لله تعالى بكل حال.

---

(١) تفسير القرطبي ٢/ ٢٣٣.

(٢) المرجع السابق ٢٣٤.

(٣) المحلى ٧/ ٥٠١، و ٨/ ٣٨٢.

ونقل ابن قدامة الحنبلي عن الحنابلة قولهم[١]: ليس للمضطر في سفر المعصية الأكل من الميتة، كقاطع الطريق، لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾، قال مجاهد: غير باغ على المسلمين، ولا عادٍ عليهم. وقال سعيد بن جبير: «إذا خرج الرجل بقطع الطريق، فلا رخصة له. فإن تاب وأقلع عن معصيته حلَّ له الأكل».

إلا أن ابن قدامة قرّر قبل هذا النقل أنه تباح المحرمات عند الاضطرار إليها في الحضر والسفر جميعاً، لإطلاق الآية ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ﴾، وهو لفظ عام في حقِّ كلّ مضطر. فيكون ما قرره موافقاً لمذهب الحنفية. وهو الراجح عند الحنابلة[٢].

وقال الزركشي والسيوطي[٣]: الرُّخص لا تناط بالمعاصي، لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾، قال الخازن في تفسيره[٤]: لما بيَّن الله المحرَّمات في هذه الآية أباح أكلها عند الاضطرار من غير بغي ولا عدوان، ومن ثم لا يستبيح العاصي بسفره شيئاً من رخص السفر من القصر والجمع والفطر والمسح على الخف مدة المسافر وهي ثلاثة أيام، والتنفل على الراحلة، وترك الجمعة، وأكل الميتة، وكذا التيمم على وجه اختاره ابن السبكي، ويأثم بترك الصلاة إثم تارك لها مع إمكان الطهارة، لأنه قادر على استباحة التيمم بالتوبة.

والصحيح أنه يلزمه التيمم لحرمة الوقت، وتلزمه الإعادة لتقصيره لترك التوبة.

ولو وجد العاصي بسفره ماء واحتاج إليه لعطش، لم يجز التيمم بلا خلاف، وكذا من به مرض، وهو عاصٍ بسفره، لأنه قادر على التوبة، والأصح جوازه، لكن إذا صلى وجب القضاء في الأصح.

قال القفال في (شرح التلخيص): فإن قيل: كيف حرمتم أكل الميتة على

---

(١) المغني ٨/ ٥٩٧.
(٢) المغني ٨/ ٥٩٦، كشاف القناع ٦/ ١٩٤، مطبعة الحكومة بمكة.
(٣) مخطوط قواعد الزركشي: ق ١٠٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٢٤، مغني المحتاج ١/ ٦٤، ٢٦٣.
(٤) ١/ ١٢١.

العاصي بسفره، مع أنه مباح للحاضر في حال الضرورة، وكذا من به مرض يجوز التيمم في الحضر؟

فالجواب بأن الإقامة نفسها ليست معصية، وإنما المعصية هو الفعل الذي يرتكبه الشخص أثناءها. وأما السفر بقصد البغي والظلم فهو نفسه معصية.

فإن قيل: تحريم التيمم يؤدي إلى الهلاك؟ فالجواب أن المسافر قادر على استباحته بالتوبة.

وهل يجوز للعاصي بسفره أن يمسح على الخف، كما يمسح المقيم مدة يوم وليلة؟ وجهان أصحهما نعم، لأن ذلك جائز بلا سفر. وقيل: لا، تغليظاً عليه كأكل الميتة.

هذا وقد نبَّه الشافعية على أن المقصود من قولهم: «الرُّخص لا تناط بالمعاصي»، هو أن ينظر في أصل الفعل، فإن فعل الرخصة متى توقف على وجود شيء نظر في ذلك الشيء: فإن كان تعاطيه في نفسه حراماً، امتنع معه فعل الرخصة وإلا فلا.

وعلى هذا، فإنهم يفرقون بين المعصية بالسفر، والمعصية في السفر أو في أثنائه.

فمن أنشأ سفراً يُعَدُّ في ذاته معصية كالمرأة الناشزة، والمسافر لظلم الناس، فالسفر نفسه معصية، والرخصة منوطة به مع دوامه، ومعلقة ومرتبة عليه ترتب المسبب على السبب، فلا يباح لمثل هذا الاستفادة من الرخص الشرعية التي أنعم الله بها على عباده.

ومن سافر سفراً مباحاً، وعصى أثناء سفره، كأن شرب الخمر، فهو عاصٍ في سفره أي مرتكب المعصية في السفر المباح، فنفس السفر ليس معصية، ولا إثم به، فتباح فيه الرُّخص الشرعية، لأنها منوطة بالسفر، وهو في هذه الحالة مباح في نفسه.

المطلب الرابع - مقدار ما يتناول المضطر من المحظور للحفاظ على النفس:

اختلف الفقهاء على قولين في مقدار ما يجوز للمضطر تناوله من الميتة ونحوها مما هو حرام، فهل يقتصر على مقدار دفع الضرر، أو يباح له الشبع؟

قال الحنفية، والشافعية في الأظهر عندهم، وأحمد في أصح الروايتين عنه، وطائفة من المالكية منهم ابن الماجشون وابن حبيب[١]: يأكل المضطر للغذاء، ويشرب للعطش، ولو من حرام أو ميتة أو مال غيره مقدار ما يدفع الهلاك عن نفس الإنسان؛ وهو مقدار ما يتمكن به من الصلاة قائماً، ومن الصوم، وهو لقيمات معدودة، ويمتد ذلك من حالة عدم القوت إلى حالة وجوده.

وأضاف الحنفية: ويباح في الأحوال العادية الشبع لتزيد قوة الشخص ويقوى بدنه، ويحرم أو يكره[٢] ما زاد على حدِّ الشبع: وهو أن يأكل طعاماً يغلب على ظنِّه أنه أفسد معدته، أو يتناول شراباً يضرُّ المعدة، لأن في ذلك إضاعة للمال، وإمراضاً للنفس، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «ما ملأ ابن آدم وعاءً شرّاً من بطنه، بحسب ابن آدم أكلات (أو لقمات) يقمن صلبه، فإن كان لا محالة فثلث لطعامه، وثلث لشرابه، وثلث لنَفَسه»[٣]. واستثنوا من التحريم والكراهة إذا لم يخش الضرر حالة ما إذا قصد التَّقوِّي على صوم الغد، أو لئلا يستحي ضيفه أو نحو ذلك. ولا تجوز الرياضة بتقليل الأكل حتى يضعف عن أداء العبادة المفروضة قائماً، فإن كان على وجه لا يضعفه فمباح.

وعبارة الشافعية في حالة الاضطرار: والأظهر سدّ الرَّمق فقط، لأنه بعده غير مضطر، إلا أن يخاف تلفاً أو حدوث مرض أو زيادته، إن اقتصر على سدِّ

(١) الدّر المختار وردّ المحتار ٥/ ٢٣٨ وما بعدها، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ١١٩، للسيوطي ٧٦، أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٥١ وما بعدها، مغني المحتاج ٤/ ٣٠٧، المغني ٨/ ٥٩٥، المهذب ١/ ٢٥٠، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ١/ ١٥٩، تفسير القرطبي ٢/ ٢٢٨، كشاف القناع ٦/ ١٥٨.

(٢) قال ابن عابدين: لعلّ الأوجه الأول، لأنه إسراف، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُسْرِفُوٓاْ﴾.

(٣) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه والحاكم عن المقداد بن معديكَرِب، وهو حديث حسن.

الرمق[١]، فتباح له الزيادة، بل تلزمه لئلا يهلك نفسه. ويجوز له التزود (أي حمل الزاد) من المحرمات، ولو رجا الوصول إلى الحلال، وذلك أخذاً لنفسه بالاحتياط، إذ قد لا يجد شيئاً بعدئذ يأكله حتى يشرف على الهلاك.

ويبدأ وجوباً بلقمة حلال ظفر بها، فلا يجوز له أن يأكل مما ذكر من الميتة ونحوها حتى يأكلها لتحقق الضرورة. ولو عمَّ الحرام جاز استعمال ما يحتاج إليه، ولا يقتصر على الضرورة.

ودليل هذا الرأي: العمل بقاعدة «ما جاز للضرورة يتقدر بقدرها». فمتى أكل الإنسان بمقدار ما يزول عنه الخوف من وقوع الضرر في الحال، فقد زالت الضرورة، ولا اعتبار فيه بما يكفي الجوع، لأن الجوع في حدّ ذاته وبدون اضطرار لا يبيح الأكل من الميتة ونحوها إذا لم يخف المرء ضرراً بترك الأكل، فيكون المضطر بعد سدِّ الرَّمق غير مضطر، فلم يحلُّ له الأكل؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾، والمراد منه كما رجحت سابقاً: غير متجاوز حدّ الضرورة ولا باغٍ في الأكل بما يزيد عن حاجته.

الضرورة إذن: هي المبيحة للحرام، وتلك الإباحة مقصورة على حال خوف الضرر، كما قال الجصاص، وقال الحسن البصري: يأكل المضطر بقدر ما يقيمه، لأن الآية دلَّت على تحريم الميتة، واستثني ما اضطر إليه، فإذا اندفعت الضرورة لم يحل له الأكل كحالة الابتداء، أي في الحالة العادية غير الاضطرار.

وقال المالكية على المعتمد عندهم، والإمام أحمد في رواية عنه، والشافعي في قول مرجوع عنه[٢]: يجوز للمضطر التناول من الحرام حتى يشبع، وله التزود[٣] من الميتة ونحوها إذا خشي الضرورة في سفره، فإذا استغنى عنها طرحها، لأنه لا ضرر في استصحابها ولا في إعدادها لدفع ضرورته وقضاء حاجته، ولكن لا يأكل منها إلا عند ضرورته.

---

(١) الرّمق: الحياة، وسد الرمق: حفظ الحياة، أي يباح ما يحفظ الحياة فقط.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٢/١١٦ وما بعدها، المغني ٨/ ٥٩٥، ٥٩٧، المهذب، المكان السابق، القوانين الفقهية لابن جزي ١٧٣، تفسير القرطبي ٢/ ٢٢٧ وما بعدها، أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٥٥، بداية المجتهد ١/ ٤٦٢.

(٣) وهذه هي الرواية الأصح عن الإمام أحمد هنا في حالة التزود، أي ادّخارها زاداً.

ودليل المالكية ومن وافقهم: هو أن الضرورة ترفع التحريم، فتعود الميتة ونحوها مباحة، لظاهر قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾، ومقدار الضرورة إنما هو في حالة عدم القوت إلى حالة وجوده، ولأن كلّ طعام يباح جاز أن يأكل منه الإنسان قدر سدّ الرمق، جاز له أن يشبع منه كالطعام الحلال.

هذا إن كانت المخمصة نادرة في وقت من الأوقات، أما إذا كانت **المجاعة عامة دائمة مستمرة** فلا خلاف بين العلماء في جواز الشبع من الميتة ونحوها من سائر المحظورات(١).

المطلب الخامس - ضمان الشيء المستهلك حال الضرورة:

إذا اضطر إنسان لأخذ طعام الغير لدفع أذى الجوع عن نفسه مثلاً، فهل يجب عليه ضمانه أو دفع قيمته؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

قال الحنفية والشافعية والحنابلة(٢): يجب على المضطر أن يضمن بدل ما أكله من طعام لغيره: القيمة في المتقوم، والمثل في المثلي، سواء قدر على البدل في الحال أو كان عاجزاً عنه، لأن الذِّمم تقوم مقام الأعيان، واستثنوا من هذه القاعدة حالة المفازة والبحر ونحوهما، فإنه يجب على المضطر فقط ضمان القيمة، حتى ولو كان الشيء المستهلك مثلياً(٣).

---

(١) أحكام ابن العربي، المكان السابق، تفسير القرطبي ٢/ ٢٢٦.

(٢) ردّ المحتار على الدّر المختار ٥/ ٢٣٨، تكملة فتح القدير ٧/ ٣٠٢، مغني المحتاج ٤/ ٣٠٨، المهذب ١/ ٢٥٠، المغني ٨/ ٦٠٢ وما بعدها، أعلام الموقعين ٢/ ٢٥، القواعد لابن رجب ٦٩، ٧٢، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ٢/ ١٤٩. وقارن المسؤولية المدنية والجنائية لأستاذنا محمود شلتوت حيث نقل عن الشافعي أنه يسقط المسؤولية بالاضطرار، لوجود الإذن من الشارع، ولا تجتمع إباحة وضمان.

(٣) أضاف الحنابلة أن من أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية، أو في مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب، فهلك بذلك أو هلكت بهيمته، فعليه ضمان ما تلف به، لأنه سبب هلاكه. (المغني ٧/ ٨٣٤، غاية المنتهى ٣/ ٢٨٥).

أوضحت هذا في قاعدة: «الاضطرار لا يبطل حق الغير»، فإن إباحة شيء للاضطرار لا تنافي الضمان، لأنّ أموال الناس مصونة، يقول النبي ﷺ: «كلّ المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه»[(١)]، «لا يحلُّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»[(٢)].

ويلاحظ أن الضمان حالة الإكراه على إتلاف مال الغير يجب على المكره، وقال بعضهم: على المستكره، وقال آخرون: عليهما جميعاً، وفصلت الأقوال المذكورة في بحث حالة الإكراه.

وأما مقدار ما يباح من مال الغير: فهو ما يباح من الميتة، قال أبو هريرة: قلنا: يا رسول الله، ما يحلُّ لأحدنا من مال أخيه إذا اضطر إليه؟ قال: «يأكل ولا يحمل، ويشرب ولا يحمل».

وقال المالكية في الأظهر والأشهر عندهم: يضمن المضطر قيمة الشيء المملوك للغير الذي حافظ به على نفسه من الهلاك، وقيل عندهم: لا يضمن. وحقق الدسوقي محل الخلاف فقال: إذا كان المضطر واجداً معه الثمن وقت الأكل دفع القيمة، وإن كان مُعدِماً[(٣)] وقت الأكل وأكل طعام الغير فلا يضمن قيمته، كما نقله الموَّاق عن الأكثر، وقال ابن الجلاب: يضمن[(٤)].

وقال ابن حزم: إن كان المستكره على أكل مال مسلم، له مال حاضر، فعليه قيمة ما أكل، لأن حكم المضطر هكذا، فإن لم يكن له مال حاضر فلا شيء عليه فيما أكل، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾،

---

(١) رواه مسلم وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه بلفظ: «لا يحلُّ لامرئ من مال أخيه شيء إلا ما طابت به نفسه»، وله ألفاظ وروايات كثيرة (راجع مجمع الزوائد ٤/ ١٧١، نصب الراية ٤/ ١٦٩، سبل السلام ٣/ ٦٠).

(٣) أعدم الرجل: افتقر فهو معدم وعديم.

(٤) تفسير القرطبي ٢/ ٢٢٦، القوانين الفقهية لابن جزي ١٧٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ١١٦، الفروق للقرافي ١/ ١٩٦، و ٤/ ١٠

وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾، ولقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [١].

مقارنة:

تتفق الشريعة والقانون في مبدأ تعويض الضرر الحادث أثناء الضرورة، نصَّ القانون المدني على ما يأتي: «من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر، محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً»[٢].

(١) المحلى: ٣٨١/٨.

(٢) راجع مادة (١٦٩) مدني سوري، (١٦٨) مدني مصري.

المبحث الثامن

الضرورة في القانون الوضعي ومقارنتها بأحكام الفقه الإسلامي

أوضحت في خلال بيان البحث أحكام الضرورة في القانون الوضعي مقارنة مع الفقه الإسلامي، وأخصص هذا المبحث للضرورة في القانون العام، والقانون الخاص لبيان نظرية الظروف الطارئة، والقوة القاهرة، وموقف الإسلام منهما.

المطلب الأول - الضرورة في القانون العام:

تقوم نظرية الضرورة في القانون العام على نفس الأُسس التي يبنى عليها حقّ الدفاع الشرعي في القانون الجنائي، لأن دفاع الدولة عن نفسها كدفاع الإنسان عن نفسه ضدّ ما يتهدده من أخطار. والشرائع جميعها متفقة في اعتبار الدفاع الشرعي من موانع العقاب، إلا أنها مختلفة الأساس الذي يبنى عليه هذا الحق وفي حدوده ومداه، وذلك على رأيين؛ كما ذكرت سابقاً.

رأيٌ يرى أن الدفاع من أسباب إباحة ما يرتكب بسببه من أفعال.

ورأيٌ آخر يقول: إن الدفاع مجرد عذر مانع من المسؤولية الجنائية. وأخذت المدرسة الألمانية ومثلها في الجملة الفقه الإسلامي بالرأي الأول. وأخذت المدرسة الفرنسية - الأنجلوسكسونية بالرأي الثاني، وهو يوافق بعض حالات الرخصة في الفقه الإسلامي، كما ذكرت سابقاً.

ويقرر الفقه الألماني أن نظرية الضرورة تعدّ كحق الدفاع الشرعي نظرية قانونية تبيح بموجبها إجراءات غير مشروعة حسب النصوص القانونية على أساس حق الدولة في السيادة، فيمكن للدولة الخروج على القانون في أحوال الضرورة، ولرئيس الدولة أخذاً بحق الضرورة أن يعطل الدستور والقانون، كلما وجد ذلك ضرورياً، للدفاع عن أمن الدولة وصيانة نظامها العام.

وكذلك يرى فقهاء الألمان أن حق الضرورة يعتبر نظرية قانونية عامة تعمل لصالح السلطة التنفيذية أيضاً.

وأما فقهاء المدرسة الفرنسية - الأنجلوسكسونية فلا يعترفون بغير الحكومة التي تخضع دائماً للقانون حتى في أوقات الأزمات وأحوال الضرورة العاجلة. فالضرورة إذن ليست نظرية قانونية. ولكنها محض تبرير سياسي عملي، وهي لذلك ليست من أسباب الإباحة، وإن كانت من موانع العقاب، ثم أقرَّ الفقه الفرنسي إمكان إصدار الحكومة لوائح[1] الضرورة إذا وجد خطر داهم يهدد كيان الدولة. وهناك فريق آخر من الفقه الفرنسي يصور نظرية الضرورة تصويراً يجعلها أقرب إلى المفهوم منها حسب المدرسة الألمانية.

وبغض النظر عن هذا الخلاف، فإن الواقع العملي في أغلب بلدان العالم، ومنها الدول العربية، يملي على الدولة الأخذ أحياناً بنظرية الضرورة في مختلف النواحي الدستورية والإدارية والدولية والجنائية والمدنية، وذلك عن طريق نظام الأحكام العرفية، والتشريعات الاستثنائية، لأن الضرورات تبيح المحظورات.

وقد اعترف القضاء الإداري في مصر وسورية بنظرية الظروف الاستثنائية فكرةً عامةً تسمح للإدارة باتِّخاذ كافة الإجراءات والتدابير العاجلة التي تمليها عليها ظروف قهرية لا تمهل للتدبر، ولا تحتمل التردد، كالحرب والفتنة والوباء والكوارث، كلّ ذلك دون أن تلتزم الإدارة أن تعمل في إطار النظام العرفي.

ويجوز قانوناً للسلطة الإدارية أن تنزع ملكية عقارات جبراً إذا كانت في حاجة

---

(١) اللائحة: هي إظهار الإرادة الإدارية في صورة قواعد عامة من هيئة لها سلطة التنظيم. وتختلف عن الأوامر الإدارية في أن هذه تخاطب فرداً معيناً أو أفراداً محدودين، أما اللوائح فهي قواعد عامة مجردة.

دائمة إليها، ولها أن تستولي عليها مؤقتاً رغماً عنهم إذا ما كانت حاجتها إليها مؤقتة، بشرط دفع تعويض عادل عما ينال الفرد من ضرر.

وعلى هذا، فإن نظرية الضرورة عامة شاملة تمتد إلى جميع فروع القانون، فالقانون الدولي العام يبيح للدولة في حالة الضرورة أن تقوم بأعمال يحرمها القانون في الأحوال العادية. والقانون الدستوري يسمح للسلطة التنفيذية في تلك الحالة أن تأتي بتصرفات في طبيعتها غير دستورية، وقانون العقوبات يعفي الأفراد من العقوبة في حالة الضرورة أو الدفاع عن النفس.

وفي القانون الإداري إذا وجدت الإدارة نفسها أمام خطر داهم يقتضي منها أن تتدخل فوراً للمحافظة على الأمن أو السكينة أو الصحة العامة، فيجوز لها في هذه الحالة أن تلجأ إلى التنفيذ المباشر بدون انتظار حكم القضاء، حتى ولو كان المشرع يمنعها صراحة من الالتجاء إليه، إذ القاعدة أن «الضرورات تبيح المحظورات». ومعنى التنفيذ المباشر: هو حق الإدارة في أن تنفذ بنفسها أوامرها على الأفراد بالقوة الجبرية، دون حاجة إلى إذن سابق من القضاء[1].

وفي القانون المدني كما سأبيِّن، يوجد اعتراف صريح بنظرية الظروف الطارئة.

مقارنة:

يمكن تبيان المبادئ العامة في الإسلام التي تشبه نظرية الضرورة في القانون العام، وهذه المبادئ هي ما يأتي:

١ - ليس في الإسلام نظام مفصل كامل؛ كالنظام المعروف في القانون الدستوري والإداري، وإنما هناك مبادئ عامة يصح أن تكون أساساً لتكوين قانون بالمعنى الصحيح، مثل مبدأ الشورى، والعدالة، والمحافظة على المصالح العامة، وحفظ الأمن والنظام، والحرية وسلامة الأفراد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، واعتدال الميزان والمكيال، ومنع الاحتكار والاستغلال والظلم، وحماية

---

(١) راجع مبادئ القانون الإداري لأستاذنا الدكتور سليمان الطماوي ٣٥٣، ٣٥٦، ٣٦٦، والقانون الدستوري للأستاذين الدكتور عثمان خليل وسليمان الطماوي ٥٠٢، ٥٣٢، الطبعة الرابعة، القانون الدولي العام للدكتور علي صادق أبو هيف ١٦٠.

الأخلاق، وعدم الحرج، ورفع الضرر، ورعاية الحقوق لأصحابها، وأداء الأمانات إلى أهلها، والاعتماد على رأي أهل الخبرة والتخصص والاجتهاد والعلم في المسائل الدينية والدنيوية.

وهذا من مزايا الإسلام العظيمة، فإنه ترك للناس في هذه النواحي سلطة تقديرية يفعلون بموجبها ما يحقق لهم المصلحة، حسب مقتضيات الحياة وسنة التطور في شؤون الحضارة والمدنية والسياسة والحكم.

٢ - للحاكم تقييد أو منع المباح الذي ينتج عنه مفسدة بسببه ويصادم المصلحة. وله بمقتضى السياسة الشرعية مسايرة الأوضاع الملائمة للناس فيما يحقق مصالحهم ويدفع عنهم المفاسد. والسياسة الشرعية: هي الأحكام والتصرفات التي تدبر شؤون الأمة في حكومتها وتشريعها وقضائها، وفي جميع سلطاتها التنفيذية والإدارية، وفي علاقتها الخارجية التي تربطها بغيرها من الأمم[١]. وذلك على أساس ما يراه الحاكم من مصلحة وإن لم يرد به دليل شرعي معين.

٣ - إذا كان الحاكم والأفراد ملزمين على حدٍّ سواء باحترام القانون الإسلامي، وكانت الضرورة بالنسبة للأفراد تبيح المحظور، فكذلك يمكن للحاكم الاعتماد على هذه القاعدة في حالات الضرورة.

والضرورة كما يلاحظ من أمثلتها وحالاتها، لها تطبيقات عند الفقهاء في كلّ نواحي نشاط الأفراد والجماعات. وقد عرف القارئ سابقاً أثر الضرورة في العلاقات الدولية أثناء السلم والحرب، وفي علاقة الحاكم بالمحكومين، حيث أجاز الفقهاء للضرورة مثلاً دفع المال للعدو ليكف عن محاربة المسلمين أثناء ضعفهم، ويجوز قتل معصوم الدم الذي تترس به العدو في الحرب، وتحبس الغنائم العقارية عن التوزيع على المحاربين الغانمين للمصلحة العامة، ويجوز الاستبدال بالعقار الموقوف للضرورة ما هو أنفع للوقف بإذن القاضي وتقديره.

وللدولة التدخل في الملكيات الخاصة المشروعة لتحقيق العدل والمصلحة العامة، سواء في أصل حق الملكية، أو في منع المباح وتملكه، إذا أدى استعماله

---

(١) السياسة الشرعية والفقه الإسلامي للدكتور الشيخ عبد الرحمن تاج ٧ وما بعدها.

إلى ضرر عام، ويمكن فرض قيود على الملكية، فتحدد بمقدار معين أو تنتزع من أصحابها مع دفع تعويض عادل عنها إذا كان ذلك في سبيل المصلحة العامة للمسلمين.

كلّ هذا ونحوه مما ذكرت، يدلنا على أن قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» تصلح نظرية شاملة لكل نواحي النشاط الإنساني فيما عدا المستثنيات التي ذكرتها، مما يتعلق بأصل العقيدة أو حماية النفس الإنسانية أو العرض والأخلاق، فلا يباح الكفر والقتل والزِّنا ونحوها باسم الضرورة.

٤ - أجاز الإمام مالك القياس في الرخص الشرعية أخذاً بمبدأ التيسير والتسهيل على الناس. وتبعه في ذلك الإمام الشاطبي[١]، فقال: إن الأدلة على رفع الحرج عن هذه الأمة بلغت مبلغ التواتر والقطع كقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨/٢٢]، ونحو ذلك مما في هذا المعنى، وقد سمي هذا الدين (الحنيفية السمحة)، لما فيه من التسهيل والتيسير، والتخصيص ببعض الرُّخص دون بعض تحكم من غير دليل. ولا يقال: إن المشقة إذا كانت قطعية فهي المعتبرة دون الظَّنية، فإن القطع والظن مستويان في الحكم، ولا تعارض في اعتبارهما معاً ها هنا، فلا يكون الأخذ بالعزيمة دون الرخصة أولى، بل قد يقال: الأولى الأخذ بالرخصة، لأنها تضمنت حق الله وحق العبد معاً.

وتكون الأدلة الدالة على الأخذ بالتخفيف محمولة على عمومها وإطلاقها من غير تخصيص ببعض الموارد دون بعض.

ومفهوم هذا الكلام الرائع من الشاطبي، يدلنا على أنه ليس من الضروري خلافاً لما يراه أكثر الفقهاء التزام مواضع الرخصة التي وردت، أو ذكرها الفقهاء، فإن هذه الرخص وإن كانت في الظاهر مستثنيات يقتصر فيها على المواطن التي وردت فيها، إلا أن لها ظاهرة العموم، لكونها ترجع إلى قاعدة «التيسير والتسهيل ورفع الحرج» المقررة في الإسلام، والتي هي من خصائصه الثلاث: وهي التدرج في التشريع، وقلة التكاليف، ودفع الحرج.

---

(١) الموافقات ١/ ٣٤٠ وما بعدها، ٣٤٥.

٥ - يمكن تأييد ذكره علماء أصول الفقه في بحث تعارض المصالح مع النصوص الشرعية، فإن العلماء انقسموا إزاء هذا البحث الخطير على ثلاثة آراء[1]:

أولاً - طائفة لا ترى مطلقاً الأخذ بالمصلحة في مقابلة النص، لأن الشريعة إنما تؤخذ من نص أو إجماع أو قياس عليهما، فإذا تصادمت مع نص، فلا يعتد بها أصلاً.

وهذا رأي الشافعية والحنابلة، فإنهم يأخذون بالمصلحة المرسلة بعد النص، أو فتوى الصحابي.

ثانياً - طائفة تقدم المصلحة على النَّص، وهذه الطائفة فريقان:

أ - فريق المالكية، والحنفية لدى التحقيق: يعتدون بالمصلحة في مقابلة النص، ويخصصون بها النص الظَّني في دلالته، أو في ثبوته إذا **كانت المصلحة قطعية، ومن جنس المصالح التي أقرَّتها الشرعية**، وبناءً عليه، فإنهم يخصصون عام القرآن إذا كان ظنِّياً بالمصلحة، ويردون خبر الآحاد إذا عارض المصلحة القطعية، لأنه إذا تعارض ظنِّي وقطعي، فيقدم القطعي.

ب - وفريق آخر تزعم لواءه نجم الدين الطوفي من علماء القرن الثامن، ومن غلاة المفكرين، فهو يرى تقديم المصلحة على النص والإجماع في المعاملات، سواء أكان النص قطعياً أو ظنياً.

ودليله في الجملة: أن الشارع جعل المصلحة أصلاً من أصول التشريع، فتقدم في كلّ الأحيان. واستدل أيضاً بعمومات النصوص القرآنية والنَّبوية، مثل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ قَدْ جَآءَتْكُم مَّوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَشِفَآءٌ لِّمَا فِى ٱلصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ ۝٥٧ قُلْ بِفَضْلِ ٱللَّهِ وَبِرَحْمَتِهِۦ فَبِذَٰلِكَ فَلْيَفْرَحُوا۟ هُوَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ ۝٥٨﴾ [يونس: ١٠/٥٧-٥٨]، وقوله سبحانه: ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٩]. وقوله عليه الصلاة والسلام فيما أخرجه أحمد وابن ماجه: «لا ضرر ولا ضرار».

---

(١) راجع للمؤلف كتاب أصول الفقه الإسلامي ٢/ ٨٠١ وما بعدها.

وردَّ عليه بأنه لا يتصور وجود التصادم بين النصوص والمصالح، لأن أحكام الشريعة مبنية على مراعاة المصالح أيضاً، والآيات تدلُّ على أن الشريعة جاءت لمصالح العباد، والحديث نفسه يوضح أن الشريعة لا تقر الضرر والإضرار.

ثالثاً - يرى الغزالي والآمدي الشافعيان أنه يحكم بمقتضى المصلحة في مقابلة النص إذا كانت هناك ضرورة قطعية كلِّية، أي ليست مجرد حاجة، ولا كون الضرورة مظنونة أو متوهمة، ولا خاصة بطائفة من الناس. ومثَّل لذلك بحالة الأسارى المسلمين الذين تترَّس بهم الأعداء في الحرب، فيجوز قتلهم لمصلحة عامة: هي المحافظة على جماعة المسلمين وديار الإسلام، وذلك في مقابلة النص الذي ينهى عن قتل المسلم بدون جريمة ولا ذنب.

والواقع أن الغزالي أورد أمثلة أخرى تخفف من شدة القيود السابقة، فأجاز الأخذ بالمصلحة إذا كانت من مرتبة الحاجيات، ولكن على أساس قاعدة شرعية هي أنه «إذا تعارض شرّان أو ضرران قصد الشارع دفع أشدّ الضَّررين وأعظم الشَّرَّين»، مثل فرض الضرائب على الأغنياء لمصلحة الجيش، إذا خلت الخزينة العامة من الأموال، وخيف انصراف الجند إلى الكسب الذي قد يؤدي إلى تسلُّط الأعداء على بلاد المسلمين، أو ثوران الفتنة في داخل البلاد[١].

هذا بالنسبة للمصالح، أما إذا كانت هناك ضرورة محققة، فلا مناص من القول بجواز مخالفة النص.

قال الفقيه الفرنسي (لامبير): «تعتبر نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي أكثر جزماً وشمولاً من فكرة وجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة (شرط بقاء الحال على ما هو عليه)، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية إيقاف تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة»[٢].

---

(١) المستصفى ١/ ١٤١، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٣/ ١٣٨.

(٢) الإسلام ضرورة عالمية، زاهر عزب الزغبي ١٩٥ وما بعدها.

المطلب الثاني - نظرية الظروف الطارئة، والقوة القاهرة في القانون المدني:

أولاً - نظرية الظروف الطارئة:

تاريخ هذه النظرية، والأساس الذي تقوم عليه:

لقد نشأت نظرية الظروف الطارئة في نطاق القضاء الإداري، ثم تسللت إلى ميدان الحقوق الخاصة. وهي في أصلها تقوم على فكرة إسعاف المتعاقد المنكوب الذي اختلَّ توازن عقده اقتصادياً مما قد يجره إلى الهلاك، فهي إذن تهدف إلى تحقيق العدالة في العقود ورفع الغبن منها[١].

ولقد ناقش أستاذنا الدكتور عبد الحي حجازي[٢] رأي هؤلاء القائلين بأن هذه النظرية تقوم على أساس ضرورة التعادل الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة في العقود التبادلية، وبيَّن أن هذا القول لا يتفق مع أحكام القانون المدني المصري (أي والسوري أيضاً)، لأن هذا القانون لا يشترط التعادل الاقتصادي بين الأداءات المتقابلة في العقود التبادلية، بدليل أن دعوى البطلان بسبب الغبن ليس أساسها وجوب التعادل بين الأداءات المتقابلة، وإنما هو استغلال أحد المتعاقدين الطيش البيِّن أو الهوى الجامح الذي كان يسيطر على المتعاقد الآخر المغبون.

وناقش أيضاً أساساً آخر يمكن أن تقوم عليه النظرية، وهو النِّية المفترضة عند المتعاقدين في أن يعلقوا تنفيذ العقد على استمرار الحالة الواقعية التي كانت موجودة وقت التعاقد على ما هي عليه في جميع مراحل العقد، وبين أن ذلك لا يصلح أساساً، وإلا وجب تطبيق الحكم المبني على الظرف الطارئ (وهو ردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول) عند وقوع أي صعوبة في التنفيذ، مع أن المطلوب لتطبيق حكم نظرية الظرف الطارئ وقوع حادثة ليست متوقعة فقط، بل تكون استثنائية عامة كوقوع حرب يترتب على حدوثها أن يصير تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة.

---

(١) نظرية العقد للسنهوري ١/ ٩٧٠ وما بعدها، الطبعة الأولى، نظرية الالتزام العامة للدكتور ماجد الحلواني ١/ ٢٦٦، مبادئ القانون الإداري للدكتور سليمان الطماوي ١٢١.

(٢) موجز النظرية العامة للالتزام ١/ ٢٢٥.

وأخيراً ارتأى الدكتور حجازي أن يكون الأساس الذي قامت عليه نظرية الطوارئ غير المتوقعة: هو العدالة.

النصوص القانونية في نظرية الظروف الطارئة:

نصَّ القانون المدني السوري في المادة (١٤٨/ ١)، والمدني المصري في المادة (١٤٧/ ١) على أن «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون».

وجاءت الفقرة الثانية من هذه المادة فقررت: «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحدِّ المعقول، ويقع باطلاً كلّ اتِّفاق على خلاف ذلك».

هذا يدلنا على أنه - وإن كان الأصل العام في القواعد المدنية التقليدية أن العقد شريعة المتعاقدين أو المتعاقد عبد تعاقده، وأنه ليس للقاضي أن يعدل في العقد - فإن وجود الظرف الطارئ يجيز للقاضي إجراء هذا التعديل.

شروط تطبيق هذه النظرية:

يشترط لتطبيق هذه النظرية شروط أربعة[١]:

١ - أن تحدث حادثة استثنائية غير عادية وعامة وليس في الوسع توقعها[٢]، مثل حالة نشوب حرب، أو زلزال، أو إضراب مفاجئ، أو وباء، أو استيلاء إداري، وهذا الشرط يؤكد أن أساس هذه النظرية هو العدالة.

٢ - أن يكون العقد الذي يطبق بشأنه هذه النظرية عقداً مرجأ التنفيذ، بأن كان عقداً مستمراً (أي عقد مدة) أو عقداً فورياً مؤجل التنفيذ، مثل عقد عمل أو إجارة أو توريد سلعة من السلع.

---

(١) المراجع السابقة: السنهوري ١/ ٩٧٠، حجازي ١/ ٢٢٨ وما بعدها، حلواني ١/ ٢٧٢.

(٢) يلاحظ أن اشتراط كون الحادث استثنائياً يغني عنه اشتراط كونه غير متوقع الحصول، لأن الحادث الذي لا يمكن توقعه لا يكون عادياً، أي لا بدَّ أن يكون استثنائياً.

٣ - ألا يكون العقد احتمالياً بطبيعته أو بالاتفاق، لأن من يعقد عقداً احتمالياً يجب عليه أن يتوقع كلّ الحوادث، حتى الاستثنائية منها التي يحتمل أن تؤثر في مدى التزاماته.

والمقصود بالعقد الاحتمالي: هو العقد الذي لا يعرف فيه وقت إبرامه مقدار الغرم بالنسبة للغنم، أو مقدار الاحتمال الذي يتعرض له كلّ من المتعاقدين، ولا يستبين هذا إلا فيما يعد وفقاً لمجرى الحوادث. مثل بيع الأشياء المستقبلية، كبيع الثمار قبل انعقادها، والزرع قبل نباته بثمن جزاف، وعقد المرتب مدى الحياة المعقود على سبيل المعاوضة، وعقد التأمين وعقد الرِّهان وعقد النصيب.

٤ - أن يكون الحادث مؤثراً على العقد بحيث يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين يهدده بخسارة فادحة. ومن ثم لا يلزم أن يصبح التنفيذ مستحيلاً، إذ إن الاستحالة تقضي على الالتزام، وهذا عائد لبحث القوة القاهرة، وإنما نحن هنا بصدد التزام لا يزال تنفيذه ممكناً ولو أنه مرهق. وفرق بين استحالة التنفيذ، والتنفيذ المرهق، فاستحالة التنفيذ تؤدي إلى القضاء على العقد، فيتحمل أحد المتعاقدين دون الآخر تبعة الاستحالة، أما التنفيذ المرهق فيؤدي إلى تعديل الالتزام بردِّه إلى الحدِّ المعقول، فيتوزع الإرهاق على الطرفين.

أثر الإرهاق الطارئ:

إن أثر الظرف الطارئ غير المتوقع هو تخويل القاضي سلطة تعديل العقد بردِّ الالتزام المرهق إلى الحدِّ المعقول تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة طرفي العقد. فإذا كان العقد ملزماً للجانبين إما أن ينقص الأداء المرهق أو يزداد الأداء المقابل، وأما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد كالقرض أو تعهد النقل فلا سبيل إلا بنقص الأداء المرهق أو تعديل طريقة تنفيذه، ثم يخير الدائن بعدئذ في أن يقبل التعديل الذي حدده القاضي، أو أن يطلب فسخ العقد.

وسلطة القاضي في هذا الشأن تنحصر في تعديل شروط العقد، فليس له أن يفسخ العقد، أو يعفي المدين من التزامه[1].

---

(١) المراجع السابقة: السنهوري ٩٧١، حجازي ٢٣٣، حلواني ٢٧٣.

مقارنة:

إن العدالة في الإسلام - وإن لم تكن نظرية مستقلة عن الأحكام الشرعية - إلا أنها تعدّ مبدأ ملازماً للأحكام، ومن صميم التطبيق للأحكام الشرعية[١]. ولقد ذكرت سابقاً كلمة ابن القيم: أن الشريعة عدل كلها، ورحمة كلها، وحكمة كلها.

وعلى هذا، فإن منهجية الفقهاء المسلمين في بحث القضايا تباعاً، لم تمنعهم من ملاحظة مبدأ العدالة في المعاملات والعقود، إذ إن حرص الإسلام على توافر مبدأ التراضي في العقود، وتشريعه الخيارات للحفاظ على مبدأ التوازن العقدي بقدر الإمكان، دليل على التزام صفة العدالة، والاعتداد بها عند إنشاء العقد وفي حالة استمراره.

وكون فقهاء الإسلام لم يصوغوا نظرية مماثلة لنظرية الظروف الطارئة المبنية على أساس العدالة كما عرفنا، لا يعني أنهم لم يراعوا شأن الحوادث الطارئة، بل إنهم في الواقع عرفوا تطبيقات هذه النظرية، والعبرة للتطبيق لا للمنهج، وذلك يظهر بوجه أخص في مسألتين هما: فسخ عقد الإيجار بالأعذار، وإنقاص الثمن بسبب الجوائح في بيع الثمار[٢].

المسألة الأولى - فسخ الإجارة بالأعذار:

أعرض هنا بإيجاز آراء المذاهب في هذا الموضوع:

أولاً - مذهب الحنفية:

قال فقهاء الحنفية: تفسخ الإجارة بالأعذار، لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر، للزم صاحبَ العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد.

والعذر: هو ما يكون عارضاً يتضرر به العاقد مع بقاء العقد، ولا يندفع بدون

---

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها للأستاذ علي علال الفاسي ١.

(٢) راجع نظرية العقد للدكتور السنهوري ١/ ٩٦٩، مصادر الحق له، ٦/ ٩٦ وما بعدها. نظرية الالتزام العامة للدكتور الحلواني ١/ ٢٦٧.

الفسخ. قال ابن عابدين[1]: «كلّ عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ».

وقد قسَم الحنفية الأعذار الموجبة للفسخ إلى ثلاثة أنواع[2]:

١ - عذر من جانب المستأجر:

مثل إفلاس المستأجر، أو انتقاله من الحرفة الصناعية إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة، أو من حرفة إلى أخرى، لأن المفلس أو المنتقل من عمل لا ينتفع به إلا بضرر، فلا يجبر على البقاء في الحرفة الأولى مثلاً.

ومثله السفر، أي انتقال المستأجر عن البلد التي يستأجر فيها عقاراً؛ لأن في إبقاء العقد مع السفر ضرراً به.

ويترتب على هذا: أنه إذا لم يحصل النفع للمستأجر إلا بضرر يلحقه في ملكه أو جسمه، فله فسخ الإجارة، كما إذا استأجر شخص رجلاً لتنظيف ثياب، أو خياطتها، أو داراً له، أو ليقطع شجراً، أو ليزرع أرضاً، أو ليحدث في ملكه شيئاً من بناء أو حفر، أو ليحتجم أو ليعالج المرض أو يقلع الضرس، وما أشبه هذا، ثم بدا له ألا يفعل، فله أن يفسخ الإجارة، ولا يجبر على شيء مما ذكر، لأنه تبين له ألا مصلحة له فيه، فبقي الفعل ضرراً في نفسه. ومثله أن يكري شخص دكاناً لغيره يتَّجر فيه، فيحترق متاعه أو يسرق، فله فسخ الإجارة.

٢ - عذر من جانب المؤجر:

مثل أن يلحقه دين فادح به لا يجد طريقاً لوفائه إلا ببيع الشيء المأجور وأدائه من ثمنه، بشرط أن يثبت الدين بالبينة أو بالإقرار. ومثل أن يشتري المؤجر شيئاً ثم يؤجره، ثم يطلع على عيب به، فله أن يفسخ الإجارة، ويرده بالعيب، ويكون

---

(١) ردّ المحتار ٥/ ٥٥.

(٢) انظر البدائع ٤/ ١٩٧ وما بعدها، الفتاوى الهندية ٤/ ١٩٨ وما بعدها، ٤٥٨ وما بعدها، ٤٦٣، تكملة فتح القدير ٧/ ٢٢٢ وما بعدها، مختصر الطحاوي ١٣٠، المبسوط للسرخسي ١٦/ ٢ وما بعدها، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/ ١٤٥ وما بعدها، ردّ المحتار، المكان السابق.

مرض الحمَّال والجمَّال[١] بحيث يضره الحمل عذراً في رأي أبي يوسف، لأن غير الحمال أو الجمال لا يقوم مقامهما على الدابة أو الإبل إلا بضرر، والضرر لا يستحق بالعقد.

٣ - عذر راجع للعين المؤجرة أو الشيء المأجور:

مثل أن يستأجر رجل حماماً في قرية ليستغله مدة معلومة، ثم هاجر أهل القرية، فلا يجب عليه الأجر للمؤجر.

ومثل أن يؤجر الوالد ولده للخدمة أو الحرفة، ثم بلغ الولد أثناء الإجارة، فيجوز فسخها، لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضرراً بالصبي، فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه.

وإذا استأجر شخص ظئراً (مرضعاً) ثم أبى الصبي لبنها أو إمساك الثدي، أو مرضت هي، أو أراد أهل الصبي السفر، فامتنعت، كان هذا عذراً في فسخ الإجارة.

ثانياً - مذهب جمهور الفقهاء:

يرى جمهور الفقهاء (مالك والشافعي وأحمد وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم): أن عقد الإجارة عقد لازم لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة[٢].

وتطبيقات هذا المذهب هي ما يأتي: قال المالكية: تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعاً كسكون ألم السِّن المستأجر على قلعها، وتنفسخ الإجارة إذا حملت الظئر، لأن حملها مظنّة لإضرار الولد بلبنها، والخوف عليه منه، وإذا انقطع الماء عن الرّحى المستأجرة، فسخت الإجارة للعذر، وإن استأجر دابة فمرضت، كان هذا عذراً للفسخ، وإذا اكترى الرجل الأرض، فغاصت بماء منعه من زرعها،

---

(١) ومثله السائق اليوم.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٢٢٧ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير ٤/ ١٣، مغني المحتاج ٢/ ٣٥٥، المهذب ١/ ٤٠٥، المغني ٥/ ٤١٨ وما بعدها، الميزان ٢/ ٩٤.

فلا كراء عليه. وإذا أكريت أرض المطر، فمنع القحط من زراعتها، أو زرعها المستأجر فلم ينبت الزرع بسبب القحط، ينفسخ الكراء.

وقال الشافعية: تنفسخ الإجارة إذا وجد خلل في المعقود عليه، أو كان هناك عيب تنقص به المنفعة، أو تعذر استيفاء المنفعة على الوجه الشرعي. كما لو استأجر شخص داراً، فوجدها منهدمة مثلاً لا تصلح للسكنى، أو انهدمت بعد العقد، أو مرضت الدابة المأجورة، أو كانت جموحاً أو نفوراً، أو عضوضاً، أو تعثر ظهرها في المشي، أو أصابها العرج الذي يتأخر بها عن القافلة، أو كانت ضعيفة البصر، أو مصابة بمرض الجذام أو البرص.

أو انهدم حائط في الدار، أو انقطع ماء البئر والعين، أو تغير الماء الذي يمتنع به الشرب، أو الوضوء وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة.

وقال الحنابلة: تنفسخ الإجارة إذا تعذر استيفاء المنفعة من العين المأجورة بفعل صدر منها، مثل أن تشرد الدابة، أو تنهدم الدار، أو تغرق الأرض، أو ينقطع ماؤها ولا يمكن الانتفاع بها أصلاً بشيء.

وإذا حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد، فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك، فيجوز للمستأجر فسخ العقد.

قال ابن قدامة: وإذا اكترى عيناً فوجد بها عيباً لم يكن علم به، فله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه، قال ابن المنذر: إذا اكترى دابة بعينها، فوجدها جموحاً أو عضوضاً أو نفوراً أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها، فللمكتري الخيار: إن شاء ردّها وفسخ الإجارة، وإن شاء أخذها.

والعيب الذي يرد به: ما تنقص به قيمة المنفعة كتعثُّر الظهر في المشي، والعرج الذي يتأخر به عن القافلة، وربض البهيمة بالحمل (أي جلوسها له)، وكونها جموحة أو عضوضة، أو أشباه ذلك مما ذكر عند الشافعية، وفي المكترى للخدمة: ضعف البصر والجنون والجذام والبرص، وفي الدار: انهدام الحائط والخوف من سقوطها، وانقطاع الماء من بئرها، أو تغيره بحيث يمتنع الشرب والوضوء، وأشباه هذا من النقائص.

ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد، ثبت للمكتري خيار الفسخ، لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً.

بين الفقه الإسلامي والفقه المدني:

يلاحظ أن الفقه الإسلامي توسع في تقدير الحادث الطارئ أكثر من الفقه المدني، ففي الفقهين يعدّ الحادث الطارئ أمراً غير متوقع، ولكنه في الفقه المدني لا بدَّ من أن يكون الحادث استثنائياً عامّاً كحرب أو زلزال، وأما في الفقه الإسلامي فيكفي لتحقق العذر كونه ضارّاً بمصلحة أحد العاقدين.

ويشترك الفقهان في أن العذر الطارئ لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، وإنما يكفي أن يكون مرهقاً.

ويختلف الفقهان في أثر الحادث الطارئ، فهو في القانون المدني ردّ الالتزام المرهق إلى الحدِّ المعقول، ولا يجوز فسخ العقد. وأما في الفقه الإسلامي فهو إمكان فسخ العقد، وإذا كان المقصود هو دفع الضرر وتحقيق العدالة، فلا مانع في تقديري من الأخذ بوجهة النظر القانونية في هذا الشأن، فهو أخف تأثيراً على العقد.

المسألة الثانية - الجوائح في بيع الثمار على الأشجار:

أجاز المالكية والحنابلة إنقاص الثمن بسبب الجوائح في بيع الثمار بعد بدوِّ صلاحها وتسليمها للمشتري بالتخلية. وخالفهم فيه الحنفية والشافعية[١].

١ - الجوائح عند المالكية:

الجائحة: هي الآفة التي تصيب الثمار، فتهلكها، مثل البرد والقحط، والعطش والعفن، وأمراض النباتات والزروع، ونحوها من الآفات السماوية.

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ١٨٤ وما بعدها، القوانين الفقهية لابن جزي ٢٦٢، المنتقى على الموطأ ٤/ ٢٣١، الشرح الكبير ٣/ ١٨٢ وما بعدها، المغني ٤/ ١٠٤ وما بعدها، أعلام الموقعين ٢/ ٣٣٧ وما بعدها، مختصر الطحاوي ٧٨.

والدليل على ذلك «أن النَّبي ﷺ وضع الجوائح»[(١)]. وفي لفظ لمسلم: «أمر بوضع الجوائح». وفي لفظ قال: «إن بعت من أخيك تمراً فأصابتها جائحة، فلا يحلُّ لك أن تأخذ منه شيئاً، بِمَ تأخذ مال أخيك بغير حق؟»[(٢)].

وإذا كانت الجائحة بفعل الإنسان كالسرقة، فهناك أقوال ثلاثة عند المالكية في اعتبارها من الجوائح، فبعض أصحاب مالك رآه جائحة، وبعضهم لم يره جائحة، وبعضهم فصل الأمر. فقال ابن القاسم: إن كل ما لا يستطاع دفعه وإن علم به فإنه يكون جائحة كالجيش، وما يمكن دفعه إن علم به فلا يكون جائحة كالسارق.

وقال ابن القاسم في رواية أخرى عنه: إن كل ما أصاب الثمرة بأي وجه كان، فهو جائحة سارقاً كان أو غيره.

وقال مطرف وابن الماجشون: لا يكون جائحة، إلا ما أصاب الثمرة من أمر السماء من عفن أو برد أو عطش أو فساد بحرّ، أو برد، أو بكسر الشجر. وأما ما كان من صنع آدمي فليس بجائحة.

قال ابن رشد[(٣)]: فمن جعل الجائحة في الأمور السماوية فقط، اعتمد ظاهر قوله ﷺ: «أرأيت إن منع الله الثمرة؟!»، الحديث السابق؛ ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية، ومن استثنى اللص قال: يمكن أن يتحفظ منه.

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول. وأما مقدار ما يوضع من الثمن بسبب الجائحة؛ ففي الثمار: يوضع الثلث، وفي البقول: قالوا، وهو الأرجح: أياً كان المقدار في القليل والكثير، وقيل: الثلث.

وزمان القضاء بالجائحة: هو الزمان الذي يحتاج إلى تبقية الثمر على رؤوس

---

(١) رواه أحمد والنَّسائي وأبو داوود عن جابر، قال القرطبي: وفي الأحاديث دليل واضح على وجوب إسقاط ما اجتيح من الثمرة عن المشتري، ولا يلتفت إلى قول من قال: إن ذلك لم يثبت مرفوعاً إلى النَّبي ﷺ لأنه من قول أنس، بل الصحيح رفع ذلك من حديث جابر وأنس (نيل الأوطار ٥/٢٧٨).

(٢) رواه مسلم وأبو داوود والنَّسائي وابن ماجه (راجع سنن أبي داوود ٢/٢٤٨).

(٣) بداية المجتهد ٢/١٨٦.

الشجر حتى ينضج. واختلف المالكية فيما إذا أبقاه المشتري في الثمار ليبيعه شيئاً فشيئاً بعد تمام نضجه، فقيل: فيه الجائحة تشبيهاً بالزمان المتفق عليه. وقيل: ليس فيه جائحة تفريقاً بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه[1].

قال ابن جزي[2]: من اشترى ثمراً فأصابته جائحة، فإنه يوضع عنه من الثمن مقدار ما أصابته الجائحة، وذلك بشرطين:

أحدهما: أن تكون الجائحة من غير فعل بني آدم كالقحط وكثرة المطر والبرد والريح والجراد وغير ذلك، واختلف في الجيش والسارق.

الثاني: أن تصيب الجائحة ثلث الثمر فأكثر، وقال أشهب: ثلث قيمتها، فإن أصابت أقل من الثلث، لم يوضع عن المشتري شيء، وإذا أصابت الثلث فأكثر، لزم المشتري قيمتها بعد حطِّ ما أصابت الجائحة.

ثم ذكر ابن جزي تفصيلات قيمة؛ فيما يعدّ جائحة في الثمار والبقول، مما ذكرته سابقاً مبيناً أن جائحة العطش يوضع قليلها وكثيرها، وجائحة البقول يوضع قليلها وكثيرها، وأنه إذا لم يكن في بقاء الزرع بعد يبسه واشتداده فائدة لم يوضع منه شيء بالجائحة، وأن جائحة كلّ جنس من أجناس الثمار المختلفة معتبرة بنفسه، فإن بلغت ثلثه وضعت، وإلا فلا.

٢ - الجوائح عند الحنابلة:

قرّر الحنبلية أن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع، والجائحة: كلّ آفة لا صنع للآدمي فيها كالريح والبرد، والجراد والعطش، وأما ما كان بفعل آدمي، فقال القاضي أبو يعلى من الحنابلة: المشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن، وبين البقاء عليه، ومطالبة الجاني بالقيمة، لأنه أمكن الرجوع ببدله، بخلاف التالف والجائحة.

وظاهر مذهب الحنابلة: أن لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا أن ما جرت

---

(١) المرجع السابق ١٨٦ وما بعدها.

(٢) القوانين الفقهية ٢٦٢، الشرح الكبير للدردير ٣/ ١٨٦.

عليه العادة بتلف مثله. كالشيء اليسير الذي لا ينضبط، فلا يلتفت إليه. وعلى هذا إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة، وضع من الثمن بقدر الذاهب، فإن تلف الجميع بطل العقد، ويرجع المشتري بجميع الثمن.

فإن بلغت الثمرة أوان الجزاز، فلم يجزها المشتري حتى اجتيحت، فقال القاضي أبو يعلى: «عندي لا يوضع عنه، لأنه مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته، فكان الضمان عليه، ولو اشترى ثمرة قبل بدوِّ صلاحها بشرط القطع، فأمكنه قطعها، فلم يقطعها حتى تلفت، فهي من ضمانه، لأن تلفها بتفريطه، وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهي من ضمان بائعها»[1].

قال ابن القيم: إن وضع الجوائح لا يخالف شيئاً من الأصول الصحيحة، بل هو مقتضى أصول الشريعة، فكما أنه موافق للسُّنة الصحيحة الصريحة، فهو مقتضى القياس الصحيح، فإن المشتري لم يتسلم الثمرة ولم يقبضها القبض التام الذي يوجب نقل الضمان إليه، فإن قبض كلّ شيء بحسبه، وقبض الثمار إنما يكون عند كمال إدراكها شيئاً فشيئاً، فهو كقبض المنافع في الإجارة، وتسليم الشجرة إليه كتسليم العين المؤجرة من الأرض والعقار والحيوان[2].

وقال الشوكاني معلقاً على مذهب المالكية في اشتراط تلف ثلث بالجائحة: «الراجح الوضع مطلقاً من غير فرق بين القليل والكثير، وبين البيع قبل بدوِّ الصلاح وبعده»[3].

والخلاصة: أن فسخ الإجارة بالأعذار، وإنقاص الثمن بالجوائح في بيع الثمار ونحوهما من الحوادث الطارئة عند بعض فقهاء الإسلام، مثل كساد الأوراق النقدية أو انقطاعها المستوجب لبطلان البيع عند أبي حنيفة، تعدّ أمثلة حية لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، تطبيقاً لمبدأ العدالة، ومراعاة لما يجب من توافر التعادل والتوازن في الالتزامات وتنفيذها.

---

(١) المغني ٤/ ١٠٤ - ١٠٧، غاية المنتهى ٢/ ٦٩، القواعد لابن رجب ١٠٧.
(٢) أعلام الموقعين ٢/ ٣٣٨.
(٣) نيل الأوطار ٥/ ٢٧٨.

قال أبو حنيفة: لو اشترى رجل بالدراهم الَّتي غلب عليها الغش أو بالفلوس النافقة[١] شيئاً، ثم كسدت أو انقطع التعامل بها عن أيدي الناس قبل تسليمها للبائع، بطل البيع، ويجب على المشتري ردّ المبيع إن كان قائماً، وإلا فمثله إن كان من ذوات الأمثال، وإلا فقيمته. وخالف في ذلك الصاحبان، فأوجبا ردّ القيمة ولم يبطلا البيع.

أما لو لم تكسد هذه الدراهم، ولم تنقطع، ولكن نقصت قيمتها، فالبيع على حاله باتِّفاق أئمة الحنفية[٢].

ثانياً - استحالة تنفيذ الالتزام بسبب القوة القاهرة:

إذا انعقد العقد صحيحاً من كلّ وجه، فإنه ينشئ الآثار المترتبة عليه، ويجب على المدين فيه أن ينفذ التزامه، ويسأل المدين عن خطئه الشخصي في عدم تنفيذ عقوده، ويحكم عليه بالتعويض حينئذ، وعلى الدائن أن يثبت وقوع الخطأ والضرر، وعلى المدين الذي يودّ التخلص من المسؤولية أن يثبت انتفاء العلاقة بين الخطأ والضرر. ولا يستطيع المدين إثبات عدم قيام السببية ما بين الخطأ والضرر إلا بإثبات السبب الأجنبي، وذلك بأن يثبت أن الضرر اللاحق بالدائن لا يعود إلى فعله، بل إلى أمر أجنبي عنه لا يد له فيه. ويعدّ سبباً أجنبياً يعفي المدين من المسؤولية وجود القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

تعريف القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

هو أمر غير متوقع وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً دون أن يكون هناك خطأ في جانب المدين.

وعلى هذا، إذا طرأت حادثة قاهرة بعد انعقاد العقد صحيحاً، تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فيبرأ المدين قانوناً من تنفيذ التزامه بسبب الاستحالة. وقد نصَّ

---

(١) النافقة: أي الرائجة، والفلوس: جمع فلس وهي قطعة معدنية مضروبة من النحاس اصطلح الناس على التعامل بها، ومثلها في وقتنا الحاضر الأوراق النقدية المتداولة.

(٢) راجع فتح القدير مع العناية ٥/ ٣٨٣، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه ٤/ ١٤٢.

القانون المدني المصري والسوري[1] على حالة عدم تنفيذ الالتزام بسبب القوة القاهرة، فجاء في كلّ منهما: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض، لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه».

شروط القوة القاهرة:

يفهم من هذه المادة ومما أوضحه الفقه والقضاء، أنه يشترط لتحقق عدم التنفيذ بسبب القوة القاهرة شروط ثلاثة:

١ - أن تكون الواقعة التي يتمسك بها المدين لا يد له فيها، أي أن تكون الواقعة المانعة من التنفيذ أجنبية عن المدين لا دخل له فيها.

٢ - أن تكون الواقعة المانعة من التنفيذ مما لا يمكن توقعها عادة. ومعنى ذلك أن القوة القاهرة ذات طابع موضوعي، وأنه لا ينبغي تحديدها وفقاً لما توقعه المدين فعلاً.

٣ - يجب أن تكون الاستحالة الناشئة عن الحادثة المانعة من تنفيذ الالتزام استحالة حقيقية، لا مجرد صعوبة في التنفيذ، ومن ثم لا يكفي لتحقق القوة القاهرة أن يصبح التنفيذ مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، مثل الحرب، والعاصفة، والصاعقة، والثورة، والإضراب، والسرقة، وانفجار البركان، وفيضان الأنهار، وحدوث السيول، وانفجار آلات المصنع ونحو ذلك.

القوة القاهرة والحادث الفجائي:

يلاحظ أن المشرع المصري ومثله السوري لم يفرق بين هذين اللفظين على النحو الذي سار عليه الفقهاء الذين يرون أن القوة القاهرة: أمر يأتي من الخارج، دون أن يكون متصلاً بفعل المدين، كحرب أو عاصفة، وأما الحادث الفجائي: فهو يأتي من نشاط المدين، كانفجار آلة أو حريق ونحوه.

---

(١) انظر المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري، والمادة ٢١٦ من القانون المدني السوري.

أثر تحقق القوة القاهرة:

يترتب على القوة القاهرة وقف تنفيذ الالتزام إذا كان المانع مؤقتاً، وإعفاء المدين من المسؤولية أو التعويض وبراءته نهائياً من التزامه إذا كان المانع نهائياً.

وأما بالنسبة للدائن فإنه يسقط التزامه تبعاً لذلك، فلا يدفع للمدين شيئاً في مقابل الالتزام المنقضي، وإن كان قد دفع، فله أن يسترد ما دفع. وهذا هو موضوع تحمل تبعة الهلاك، والقاعدة العامة في شأنها: هي أن تبعة الهلاك تكون على المدين الذي استحال تنفيذ التزامه بسبب القوة القاهرة، وأنه يترتب على ذلك أن ينفسخ العقد من تلقاء نفسه[(١)].

الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة:

إن هذين الأمرين وإن كان كلّ منهما أمراً غير متوقع الحدوث عند التعاقد لا يمكن دفعه؛ فإنهما يختلفان فيما يأتي:

١ - إن الحادث الطارئ يجب أن يكون عامّاً وشاملاً، أما القوة القاهرة فيمكن أن تكون فردية تصيب الملتزم وحده.

٢ - إن الحادث الطارئ يصبح فيه تنفيذ الالتزام مرهقاً بحيث يهدده بخسارة فادحة. أما القوة القاهرة فيصبح فيه تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

٣ - إن أثر الحادث الطارئ هو تعديل الالتزام الذي أصبح مرهقاً برده إلى الحدِّ المعقول، أما أثر القوة القاهرة فهو انقضاء الالتزام وبراءة المدين من التزامه[(٢)].

مقارنة:

إذا كان العقد قابلاً للفسخ بالحوادث الطارئة كما تبين، فإنه ينفسخ من باب

---

(١) راجع نظرية العقد للسنهوري ١/ ٩٦٣ وما بعدها، مصادر الحق للسنهوري أيضاً ٦/ ١٣٩ وما بعدها، موجز نظرية الالتزام للدكتور حجازي ١/ ٣٤٥ وما بعدها، نظرية الالتزام العامة للدكتور حلواني ١/ ٢٩٤ وما بعدها.

(٢) المراجع السابقة، السنهوري ١/ ٩٧١، حجازي ١/ ٢٣٠، حلواني ١/ ٢٦٥.

أولى إذا أصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مستحيلاً، بسبب ما سمي بالقوة القاهرة عند فقهاء القانون، وأشار إليه فقهاء الإسلام.

ومن حالات القوة القاهرة عند القانونيين: حالة الآفة السماوية عند فقهاء الإسلام، والآفة السماوية: هي كلّ ما لا يمكن الاحتراز عنه، وليس في الوسع توقعه، كهلاك الشيء بصاعقة أو فيضان، أو انهدام أو سيل، أو حريق أو غرق، أو تعثر أو جراد، أو مرض متلف للنبات بالحشرات، أو لرداءة الطقس، أو لشحِّ المياه، ونحو ذلك[١].

ولقد قرّر فقهاء الحنفية[٢] أن البيع ينفسخ إذا هلك المبيع قبل أن يقبضه المشتري بآفة سماوية، أو بفعل المبيع نفسه كما لو قتل الحيوان نفسه، أما إذا هلك المبيع بفعل أجنبي (أي شخص ثالث غير العاقدين) فلا ينفسخ البيع بنفسه، وإنما يصبح المشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه، ودفع الثمن، واتبع الجاني، أي المعتدي يطالبه بالضمان عن طريق القضاء حالة الإباء عن دفع التعويض اللازم.

وقال الشافعية[٣]: إن تلف المبيع بآفة سماوية، انفسخ البيع، لتعذر قبض المبيع، وسقط الالتزام بدفع الثمن. قالوا: وفي معنى التلف، وقوع الدِّرة[٤] ونحوها في البحر إذا لم يمكن إخراجها منه، وانفلات الصيد المتوحش والطير إذا لم يرجَ عوده، واختلاط مال متقوم كثوب أو شاة بغيره، ولم يمكن التمييز بينهما، وانقلاب العصير العنبي خمراً على الأصح، وإن عاد بعدئذ خلاً. ولو هرب الحيوان أو ضلَّ أو غصب قبل القبض من المشتري، ثبت للمشتري الخيار بين إمضاء البيع وفسخه، ولم ينفسخ البيع بنفسه لرجاء العود، ولو غرقت الأرض بالماء أو سقطت عليها صخرة، أو ركبها رمل قبل قبضها، ثبت للمشتري الخيار، لأنه عيب، لا تلف.

---

(١) راجع مصادر الحق للسنهوري ٦/ ١٩١ وما بعدها.

(٢) البدائع ٥/٢٣٨ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٤.

(٣) مغني المحتاج ٢/٦٦.

(٤) الدرة - بكسر الدال -: العصاة التي يضرب بها.

وقال أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة: يد الأجير المشترك (وهو الذي يعمل لعامة الناس أو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالصانع والصباغ ونحوهما): يد ضمان، فهو ضامن لما يهلك في يده، ولو بغير تعدٍّ أو تقصير وإهمال منه، إلا إذا حصل الهلاك بحريق غالب عام، أو غرق غالب ونحو ذلك، فلا يضمن.

وقال البغدادي في (مجمع الضمانات)[١]: الأجير المشترك إنما يضمن ما جنت يداه بشرائط ثلاثة:

أحدها - أن يكون في وسعه دفع ذلك الفساد، حتى لو غرقت السفينة من موج أو جبل صدمها، أو زلق الحمال إذا زحمه الناس، وانكسر الدّن، أو مات المختون من ذلك: لا يضمن، وإذا ساق الأجير المشترك الأغنام، فهلك منها شيء لا من سياقه، بأن صعد الجبل أو مكاناً مرتفعاً، فتردى منه، فعطب، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، لأن الهلاك ما كان من قبله.

وإذا هلكت الشاة عند السَّقي، أو أكلها أكثر من ذئب، فلا يضمن الراعي قيمتها، أما لو كان الذئب واحداً فإنه يضمن، لأنه يتمكن من مقاومته بخلاف الزائد عن الواحد.

ولو استأجر رجل جُوالقاً (شوالاً) ليحمل فيه شيئاً، وأخذ الجوالق، فأخذه السلطان ليحمل له حملاً، فذهب الحمال واشتغل بما أمره به السلطان، فسرق الجوالق، فلو لم يجد الحمال بدّاً من أمر السلطان، وخاف العقوبة بترك ذلك: لم يضمن، لأنه مضطر، فلا يجب الحفظ.

وإذا كان الحمّال يحمل حقيبة على عنقه، فعثر وأهرق وصاحبها معه، فهو ضامن، ولو من مزاحمة الناس إياه لا يضمن إجماعاً.

وإذا غرقت السفينة، فلو من ريح أصابها، أو موج أو جبل صدمها من غير مدّ الملاَّح وفعله: لا يضمن بالاتفاق.

---

(١) راجع مجمع الضمانات ٢٠، ٢٨ وما بعدها، ٣٥، ٣٦، ٤٨.

وإذا استقبل اللصوص مُكَارياً[١]، فطرح الحمل، وذهب بالحمار، لو عجز عن تخليص الحمل منهم، وعلم أنه لو حمله أخذ اللصوص الحمل أو الحمار: لا يضمن؛ إذ لم يترك الحفظ، مع القدرة عليه.

وقال صاحب (الدّر المختار): سكران أو صاحٍ جمح به فرسه، فصدم إنساناً، فمات: إن كان قادراً على منعه ضمن، وإلا؛ لا[٢].

تدلُّ هذه النصوص في جملتها على اعتداد الفقه الإسلامي بأثر القوة القاهرة التي لا دخل للإنسان في اختيارها، ولا يمكنه تجنبها، فيرتفع عنه الضمان أو المسؤولية العقدية حينئذ.

---

(١) الْمُكاري: هو متعهد نقل المتاع من مكان إلى مكان آخر.

(٢) الدّر المختار مع ردّ المحتار ٣/ ١٨٢.

خاتمة البحث

هذه هي أهم الأحكام الاستثنائية التي تتطلبها ضرورات الناس وحاجياتهم، مما يستوجب رفع المسؤولية الأخروية، أو عدم ترتب الإثم والعقاب في الدار الآخرة، أو إباحة الفعل المحظور، أو التيسير على الناس في أداء الواجبات الدينية، حسب ما يتلاءم ذلك مع واقع الحياة وظروف الإنسان المختلفة.

وهذه الاستثناءات التشريعية هي المقصودة في قولنا: المعنى الأعم للضرورة الذي يشمل الحاجة، وهو الذي يتبادر فهمه إلى ذهن الناس، فلا يسألون عادة عن حكم الأوضاع الاستثنائية النادرة جداً، كما في حالة ضرورة المخمصة المستجيزة لأكل الميتة ونحوها من المحرمات، وإنما يعنون بمعرفة أحكام الأوضاع الخاصة التي يتكرر وقوعها حسب الظروف المعيشية الحاضرة، راجين من وراء سؤالهم بيان الترخيصات الشرعية، والاستفادة من محاولات الفقهاء في التخفيف عن الناس بما أنتجته عبقرياتهم، بحيث لا يصادمون صراحة النصوص التي تحرم المحظورات، وتنهى عن المفاسد والآثام.

ومن خلال هذا البحث يتبين أن نظرية الضرورة الشرعية تشمل كلّ جوانب الأحكام الشرعية، سواء في العبادات أو الالتزامات أو العقود والمعاملات، أو الجرائم والعقوبات (نظرية الشبهة في الحدود، وامتناع العقاب على جريمة وقعت خطأ أو نسياناً أو بإكراه) أو في القرارات الإدارية، والعلاقات الدولية في السلم والحرب.

واطّلاع كلّ إنسان على هذا الكتاب يضيف إليه دليلاً جديداً على أن الشريعة الإسلامية الخالدة شريعة الحياة والواقع والفطرة، وأنها صالحة للتطبيق والعمل بها في كلّ زمان ومكان فلا يضيق بها أحد، ولا يحس امرؤ بأنها غُلّ (قيد) على

النفوس، أو قيد يمنع من التطور والحضارة، أو مسايرة ركب الحياة، أو الانطلاق بحرية كاملة في كلّ الشؤون الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

بل إن هذا المعنى ليس بجديد في الحقيقة إذا حسنت نية الذين يريدون تطبيق الأحكام الإسلامية. وحاولوا وضعها قيد التجربة والتنفيذ، وفي ميدان البحث والتثقيف، والتاريخ أصدق شاهد على ما يقول كل باحث، فقد ظلّت هذه الشريعة عشرات القرون الزمنية لها الحاكمية المطلقة في مجالات التشريع والتنفيذ والتخطيط تلبي مصالح الناس، وتحقق تطلعاتهم وأمنياتهم إلى مستقبل حافل بالأمجاد، ولكن مع الاستعانة بالعلماء الأمناء المخلصين المتفتحة قرائحهم، المتجاوبة اجتهاداتهم مع واقع العصر، دون أن يعجزوا في حلِّ مشكلة، أو يضيقوا ذرعاً في مصادر الشريعة وأصولها ومبادئها العامة؛ لأن شرع الله ملازم للمصلحة.

قال الشاطبي[1]: لقد ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية؛ وذلك على وجه لا يختل لها به نظام، لا بحسب الكل؛ ولا بحسب الجزء، وسواء في ذلك ما كان من قبيل الضروريات؛ أو الحاجيات؛ أو التحسينيات.

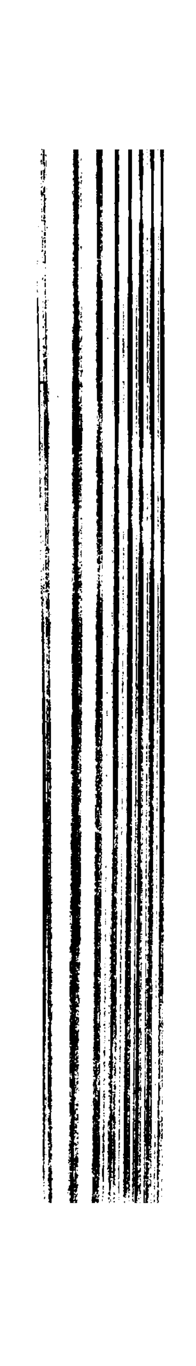
والله تعالى نسأل الرشد والهداية والتزام جادة الاستقامة والتوفيق في بيان محامد الإسلام ومحاسن شرعة الله، والبعد عن الأهواء واتباع التقليد الأعمى، وعدم التماس الأحكام والحلول من أعداء الله تعالى؛ أو محاكاة فعل الجاهليين:

﴿أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَۚ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ ٱللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ۝﴾ [المائدة: ٥/ ٥٠].

والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

---

(١) الموافقات ٢/ ٣٧.



نظرية الضمان

أو
أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

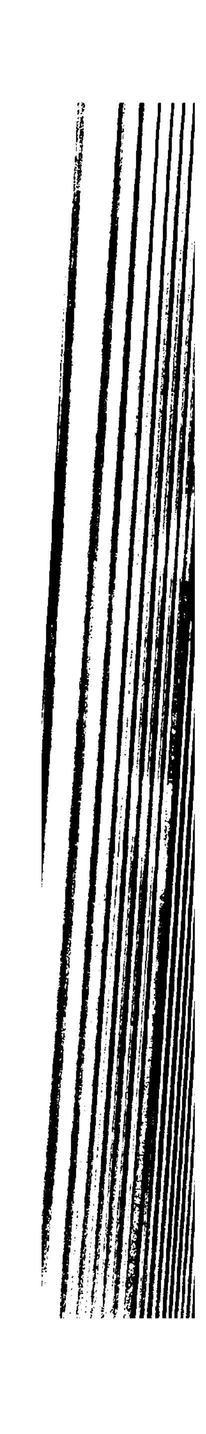
﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ﴾

قرآن كريم

«لا ضرر ولا ضرار»

حديث شريف

«الخراج بالضمان أو الغرم بالغنم»



بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله الذي أقام العدل بين الناس، وجعله أساساً في فض المنازعات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي أعلن بكل صراحة مبدأ احترام حقوق الإنسان، وحمى النفس والمال والعرض من كل اعتداء.

وبعد: فموضوع هذا الكتاب يبحث في نظرية ضمان الأنفس والأموال بسبب الاعتداء عليها عمداً أو خطأً، مما يؤدي إلى هلاكها أو تلفها ويوجب تعويض صاحبها عنها، حفاظاً على الحقوق، وصيانة لها من كل أذى، وتطبيقاً لمبدأ العدالة الذي قامت عليه شريعة الإله والسماوات والأرض، وجعلته القانون الأبدي الذي يحكم علاقات الناس الاجتماعية، ويستهدفه الحكام والقضاة في قضايا الفصل في الخصومات، لأن للنفوس والأموال حرمةً عظيمة عند الله سبحانه، والمال في تقدير صاحبه قرين الروح.

وهذا الموضوع له أهمية كبرى في نطاق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، لأن أكثر المنازعات تقع فيه، وسؤال العلماء يتردد عنه، حتى إن العالم لَيُسأل مراراً عن حوادث الإتلاف المتكررة في الحياة الواقعية الجارية بين الكبار والصغار، قائلين: هل يجوز أكل الغرامات؟ وهل يحكم بالتعويض الكامل عن كل ضرر مباشر يلحق المتضرر، سواء أكان مادياً أم معنوياً؟ وهل التعويض عيني، أم نقدي؟ وهل يشترط في الإسلام - كما هو مقرر قانوناً - أن يكون التعويض مساوياً للضرر بحيث يشمل الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته؟

هذه تساؤلات كثيرة حول «الضمان أو التضمين» على حد تعبير فقهاء الإسلام،

الذي يقابله عند فقهاء القانون اصطلاح «المسؤولية[1] القانونية عن الفعل الضار أو العمل غير المشروع» سواء أكانت مسؤولية تعاقدية أم مسؤولية تقصيرية. والكلام في ذلك يشغل فكري لعدم وجود مصادر مباشرة ميسرة في الموضوع منذ عام ١٩٥٨ حيث ألقيت محاضرة لانتقاء معيدين في كلية الشريعة بدمشق بتاريخ ١٢/١١ من هذا العام موضوعها «النظرية العامة لضمان اليد» وبعبارة أخرى «الفكرة العامة ليد الأمانة ويد الضمان».

ومن المعلوم أن الفعل الضار أو غير المشروع هو من أهم مصادر الالتزام في الشريعة والقانون المدني، ومصادر الالتزام شرعاً خمسة: هي العقد، والإرادة المنفردة، والعمل الضار، والعمل النافع، والشرع. وهي تقابل عند القانونيين: «العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون».

ومثال الإثراء بلا سبب: من أدّى دين غيره بأمره، أو اشترى شيئاً ثم تبين أنه مستحق لغيره، أو دفع ديناً يظنه على نفسه ثم تبين أنه كان بريئاً منه، فيرجع على الآمر في المثال الأول، وعلى البائع في المثال الثاني، وعلى الدائن القابض في المثال الثالث.

وليست المسؤولية الجنائية أقل أهمية من المسؤولية المدنية، بل إنها على العكس أعظم خطورة، وأكبر إثماً، وأفحش أثراً، فهي قد تنشأ عن جريمة تضر بالمجتمع، والعقوبة فيها على الأكثر - على حد تعبير الشرعيين - من حقوق الله تعالى أي حق المجتمع، أما المسؤولية المدنية فتنشأ عن جريمة لا تمس إلا الفرد المتضرر، والعقاب فيها من حقوق العباد أو الأشخاص، ومن المعروف أن حق الله لا يقبل الإسقاط ولا الإبراء ولا العفو عنه، ولا الصلح والاعتياض عنه، ولا يورث. وأما حقوق الآدميين أو حقوق الأشخاص فهي التي تقبل الصلح والإسقاط والمعارضة عليها والتوارث.

وسأهتم بعون الله تعالى ببيان النواحي العملية والحلول الواقعية لمشكلة

---

(١) الأصح لغة أن يقال: «التبعة» والمسؤولية اصطلاح قانوني، وهي مصدر صناعي معناه كون الإنسان مؤاخذاً مسؤولاً عن أعماله.

التضمين، مفصلاً الكلام بالذات على الحالات التي تستوجب الضمان عند فقهاء الشرع، وأما الكلام على النواحي النظرية والمناقشات الفقهية التي تصطبغ بها مؤلفات القانونيين غالباً عند بحث أوضاع المسؤولية التقصيرية وغيرها، فإنه سيكون بقدر محدود حسب مقتضيات البيان الوارد هنا.

ومنهجي في البحث أن أعرض ما عليه فقه المذاهب الأربعة أولاً في نظرية الضمان مبيناً حالات الاتفاق والاختلاف فيما بينها في أهم المسائل، مع اعتبار المذهب الحنفي هو الأساس العام للأحكام المذكورة، ثم أذكر أوجه الشبه والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المطبق في سورية ومصر، مقارناً بينهما على نحو عام، ومبيناً سبق الفقهاء الإسلاميين إلى بحث أبرز ما أنتجه الفكر القانوني الحديث، علماً بأنه ليس مستغرباً وجود اختلاف في الرأي، فإنه للفقه الإسلامي أصالته ونظرته البعيدة واستقلاله عن كل ما عداه من النظم القانونية، وأما النظريات والآراء القانونية فهي في تغير وتبدل، ولا يمكن القول بأنها وصلت إلى الذروة المثالية، أو أن الأحكام القانونية لها صفة الخلود والدوام، لذا فإن ما هو قانوني مخالف لفقه الإسلام قد يتفق معه في المستقبل إذا تغيرت آراء فقهاء القانون يوماً ما، وإن كان لا مانع أحياناً من الأخذ ببعض النظريات القانونية التي تلتقي مع مقاصد الإسلام العامة، لأن فقه الفقهاء قابل للتطور كما هو معلوم.

فمجال المقارنة بين فقهنا العظيم وآراء القانونيين حاصل إذن في حدود ما هو قائم ومطبق فعلاً، بقطع النظر عن احتمال تغير القوانين في المستقبل حسب متطلبات التطور والحاجات المتجددة وتبدل النظم السائدة في المجتمع.

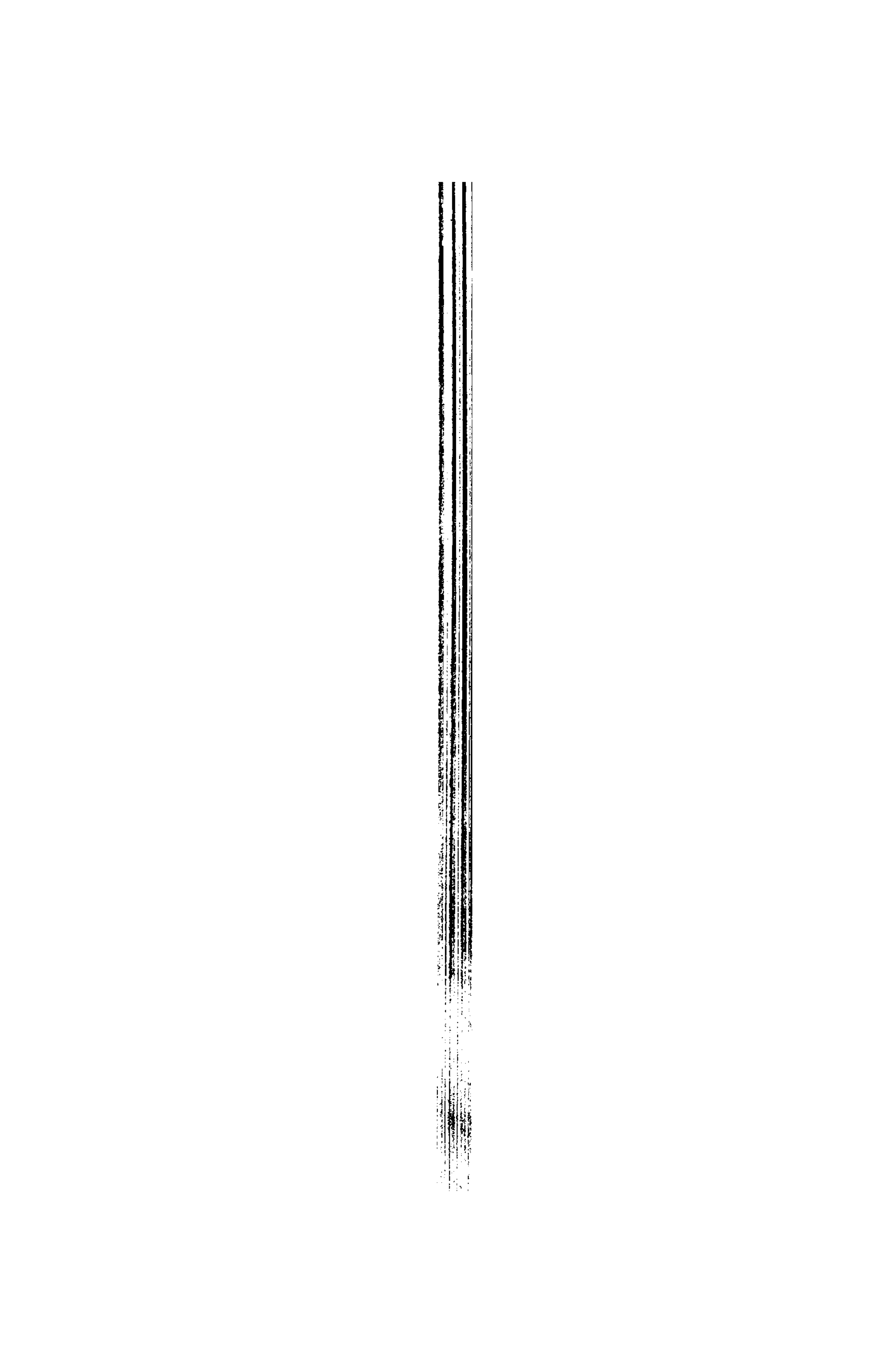
هذا وإن استمداد نظرية الضمان في الفقه الإسلامي يمكن أن يتم مما وضعه الفقهاء من قواعد تعدّ أساساً لمبدأ عام، ومما ذكروه من فروع فقهية في بحوث الغصب والإتلاف والجنايات والديات وعقوبات الجرائم المقدرة وغير المقدرة (أي الحدود والتعازير).

وأملي بالله كبير في أن يكون هذا الكتاب عوناً على تذليل الصعاب أمام المحاولات التي يبذلها القانونيون وغيرهم للاستفادة من معين الفقه الإسلامي، والله الموفق وهو المستعان.

الباب الأول

النظرية العامة للضّمان

يبحث هذا الباب المبادئ العامة وأهم الأحكام الخاصة لنظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مع بيان مقوماته أو دعائمه الأساسية، وآفاقه وقواعد التضمين، وذلك في فصول ثلاثة.



الفصل الأول

مقومات الضمان الأساسية

نتكلم في هذا الفصل على مقومات الضمان الأساسية أي ما به يقوم الضمان، قال في المصباح المنير: قِوام الأمر أي عماده الذي يقوم به وينتظم.

وذلك يشمل تعريف الضمان وأركانه وشروطه وأسبابه وكيفيته، ويتم بحث هذه الأمور في المباحث الخمسة الآتية:

المبحث الأول: حقيقة الضمان ومشروعيّته

أولاً: تعريف الضمان أو ماهيته:

ضمان المال لغة أي التزامه، يقال: ضمنت المال وبالمال ضماناً، فأنا ضامن وضمين: أي التزمته، وضمَّنته المال: ألزمته إياه.

وقد ذكر الفقهاء تعريفات للضمان، منها ما يفهم من كلام الغزالي أن الضمان: هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة[١].

ومنها تعريف ذكره الحموي شارح الأشباه والنظائر نقلاً عن غيره فإنه قال: الضمان كما عرف: عبارة رد مثل الهالك أو قيمته[٢]. ومنها تعريف للشوكاني حيث قال: الضمان: عبارة عن غرامة التالف[٣].

---

(١) الوجيز: ١/٢٠٨.

(٢) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي: ٢/٢١١.

(٣) نيل الأوطار: ٥/٢٩٩ ط العثمانية المصرية.

وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (٤١٦) ونصها: «الضمان: هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات».

وعرفه الأستاذ الزرقاء بقوله: الضمان: التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير[١]. وهو أوجز وأوضح التعاريف المذكورة، وأقرب تعريف في الدقة إلى هذا المعنى تعريف الغزالي المذكور.

ويمكننا تعريف **الضمان** بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة للمسؤوليتين المدنية والجنائية بما يأتي: وهو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية.

هذا.. ويلاحظ أن فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة يستعملون في كتبهم الفقهية كلمة «الضمان» بمعنى الكفالة، فهو مشتق من ضمَّن الشيء تضميناً أي غرمه إياه فالتزمه، وعليه يقول المالكية: الضمان: شغل ذمة أخرى بالحق[٢]. ويقول الشافعية: الضمان لغة الالتزام، وشرعاً يقال لالتزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة[٣]. ويقول الحنبلية: الضمان: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق[٤]. ومن الواضح أنه لا يهمنا من الضمان هذا المعنى، وإنما بحثنا في الضمان بالمعنى الأول وهو التزام التعويض.

ثانياً: مشروعية التضمين أو منشأ المسؤولية:

قررت الشريعة مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم، وجبراً للضرر، وقمعاً للعدوان، وزجراً للمعتدين، وذلك في مناسبات كثيرة في القرآن الكريم والسنة النبوية.

فمن الآيات القرآنية قوله سبحانه: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ

---

(١) المدخل الفقهي: ص١٠١٧ ف٦٤٨.
(٢) الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٣٢٩ ط البابي الحلبي.
(٣) مغني المحتاج: ٢/ ١٩٨ البابي الحلبي.
(٤) المغني: ٤/ ٥٣٤ الطبعة الثالثة بدار المنار.

عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤] ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٢/ ٤٠] ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٦/ ١٢٦].

ومن السنة النبوية في ضمان المتلفات: ما رواه أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاماً في قَصْعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ: «طعام بطعام، وإناء بإناء»[(١)].

وفي جنايات البهائم، روى حِرام بن مُحيِّصة أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً (بستاناً) فأفسدت فيه، فقضى نبي الله ﷺ «أن على أهل الحوائط حفزها بالنهار؛ وأن ما أفسدت بالليل ضامن على أهلها»[(٢)]، وروى النعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ: «من وقف دابة في سبيل الله من سبُل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رِجْل، فهو ضامن»[(٣)].

وفي الغصب والإيداع والإعارة: روى سمرة بن جُنْدب قال: قال رسول الله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[(٤)]، وعن أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»[(٥)]، وعن أبي بكرة ﷺ أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر بمنى: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»[(٦)].

قال ابن حزم: «قد صح أن الأموال محرمة، فلا يحل إلزام أحد غرامة لم يوجبها نص أو إجماع»[(٧)].

ومما يدل على وجوب الضمان عموماً حديث نبوي آخر يعتبر قاعدة أساسية في

---

(١) رواه الترمذي وصححه، قال ابن تيمية: وهو بمعناه لسائر الجماعة إلا مسلماً (نيل الأوطار: ٥/ ٣٢٢ ط العثمانية المصرية).

(٢) رواه أحمد وأبو داوود وابن ماجه (نيل الأوطار: ٥/ ٣٢٤).

(٣) رواه الدارقطني (نيل الأوطار، المكان السابق) ضعفه البيهقي.

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة وصححه الحاكم (سبل السلام: ٣/ ٦٧).

(٥) رواه الدارقطني (نيل الأوطار: ٥/ ٣١٦).

(٦) أخرجه البخاري ومسلم (سبل السلام: ٣/ ٧٣).

(٧) المحلى: ١٠/ ٦٣٧.

هذا الشأن، وهو قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[١]. قال الكاساني: «يجب الضمان في الغصب والإتلاف، لأن كل ذلك اعتداء وإضرار»[٢]، وبناء على هذا الحديث وضع الفقهاء عدة قواعد في معناه، منها «الضرر يدفع بقدر الإمكان» (م٣١ مجلة) «الضرر يزال» (م٢٠ مجلة) فالقاعدة الأولى تعني وجوب دفع الضرر قبل وقوعه، والثانية تعني وجوب رفع الضرر الفاحش وترميم آثاره بعد الوقوع، وكل ما ذكر يدل على أن مبدأ المسؤولية عن الضرر أمر مقرر أساسي في الإسلام.

المبحث الثاني : أركان الضمان

لا يجب ضمان الشيء إلا إذا توافر معنى التضمين، والتضمين لا يتحقق إلا بوجود ركنين: هما الاعتداء والضرر، وذلك يمكن أن يفهم من كلام الفقهاء عن الغصب والإتلاف والجنايات. وأما الرابطة بين الاعتداء والضرر إما تسبباً وإمّا مباشرة، فهو من قبيل عدم وجود المانع للسبب، والمانع للسبب هو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب. وأما معنى الركن المقصود هنا: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، فلا ينطبق على هذه الرابطة.

فالركن الأول، وهو الاعتداء أو التعدي، لغة: تجاوز الحد، ويراد به عند الفقهاء: معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه: هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد أو أنه العمل الضار من دون حق أو جواز شرعي، كما قال ابن نجيم في الأشباه (ص٤١٣). فمعيار التعدي عند الشرعيين هو في الغالب مادي موضوعي لا ذاتي[٣]، فينظر إلى الاعتداء على أنه **واقعة مادية محضة** يترتب عليها

(١) قال النووي: حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً، ورواه مالك في الموطأ مرسلاً عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ، فأسقط - من السند - أبا سعيد الخدري - راوي الحديث عند الأولين - وله طرق يقوي بعضها بعضاً. وقال الشوكاني: هو حديث مشهور رواه ابن ماجه والدارقطني والحاكم والبيهقي والطبراني وعبد الرزاق (راجع الأربعين النووية: ص٧٢، نيل الأوطار: ٥/ ٢٦٠).

(٢) البدائع: ٧/ ١٦٥.

(٣) مصادر الحق للدكتور السنهوري: ط١٩٥٩: ٦/ ١٦١، وانظر المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون على الآلة الكاتبة: ص١٩٠، وفصول من الفقه الإسلامي العام ص٥٤ للزميل =

المسؤولية (أي ضرورة تعويض المتضرر) كلما حدثت، بقطع النظر عن **نوع الأهلية** في شخص المعتدي وقصده، ففي ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ، ولا بين الكبير والصغير[1]، إلا أن بعض المالكية قالوا: لا شيء على الصبي غير المميز فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجماء.

أما في ضمان الأنفس فيميز بين القتل العمد والقتل الخطأ، ويقتص من الكبير دون الصغير، قال الشاطبي: إن الخطأ في الحكم بالتضمين بالأموال مساو للعمد في ترتب الغرم في إتلافها[2]. وقال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام: «إن الإتلاف يقع بالظنون والأيدي والأقوال والأفعال، ويجري الضمان في عمدها وخطئها، لأنه من الجوابر، ولا تجري العقوبة والقصاص إلا في عمدها لأنهما من الزواجر»[3].

وكذلك لا يختلف حكم الضمان بالتعدي، سواء **أكان أمراً إيجابياً** كالإحراق والإغراق والإتلاف، **أم أمراً سلبياً** كترك حفظ الوديعة فإنه موجب للضمان، فمن رأى إنساناً يسرق الوديعة وهو قادر على منعه، ضمن المال، لترك الحفظ الملتزم بالعقد[4]. ومن امتنع عن بذل الطعام للمضطر إليه، أو عن تقديمه لسجين حتى مات، كان ذلك إعانة على القتل ومسبباً للهلاك المستوجب للضمان[5].

ولا فرق أيضاً بين أن يكون التعدي حاصلاً **مباشرة أو تسبباً**؛ مثل قطع أشجار الغير من دون حق، وحفر بئر في الطريق العام من دون ترخيص من السلطة الإدارية المختصة (راجع المواد **٩١٩، ٩٢٠، ٩٢٤، ٩٢٧** من المجلة).

= الدكتور فوزي فيض الله؛ حيث عرف التعدي في كل من الكتابين بقوله: هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة.

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٢١١، كشاف القناع: ٤/ ٩٩، كشف الأسرار للبزدوي: مجلد ٢/ ١٣٨٣، التقرير والتحبير لابن أمير الحاج: ٢/ ١٧٢، القوانين الفقهية: ص٣٣٣.

(٢) الموافقات: ٢/ ٣٤٧ ط الشرق الأدنى بمصر.

(٣) قواعد الأحكام: ٢/ ١٣٣ ط الاستقامة بالقاهرة.

(٤) البدائع: ٦/ ٢١١، المبسوط: ١١/ ١١٣، تكملة فتح القدير: ٧/ ٩١.

(٥) قواعد الأحكام، المرجع السابق، ص١٣١، نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص٢٨٤.

ولا تكون حالة الضرورة عند جمهور الفقهاء سبباً للإعفاء من الضمان، فمن اضطر إلى أخذ طعام غيره لدفع أذى الجوع عن نفسه، فإنه يجب عليه عند جمهور الفقهاء ضمان البدل: القيمة في القيمي، والمثل في المثلي، سواء أقدر على البدل في الحال، أم كان عاجزاً عنه، لأن الذمم تقوم مقام الأعيان. وقال المالكية: يضمن المضطر قيمة الشيء المملوك للغير الذي حافظ به على نفسه من الهلاك، وقيل: لا يضمن لوجوب إحياء النفس[1]. ووجوب الضمان عند العلماء عمل بالقاعدة الشرعية المقررة وهي أن «الاضطرار لا يبطل حق الغير».

ويفهم من كلمة التعدي أنه **عمل غير مباح ولا مأذون به شرعاً** أو من صاحب الحق، أما إذا كان **الفعل مأذوناً به** شرعاً كما في حالة الدفاع عن النفس أو المال أو العرض، أو عند الاطلاع على بيت الآخرين من السطح أو من ثقوب الباب ونحو ذلك، أو كان الإذن بحق صادراً من ولي الأمر الحاكم، كما في حال هلاك المحدود أو المعزر حين إقامة العقوبات الشرعية، أو وقوع إنسان في بئر حفره في السوق بإذن ولي الأمر، أو كان أمراً بالإتلاف من صاحب المال نفسه، أو كان الفعل ناتجاً عن استعمال وممارسة الحق من دون تعسف، ففي هذه الحالات الأربع: لا يكون الفعل مستوجباً لضمان المال أو النفس[2]، عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة: «الجواز الشرعي ينافي الضمان» وسيأتي تفصيل كلام العلماء في كل ذلك عند بحث عوارض المسؤولية التقصيرية، وضمان الأنفس بسبب تطبيق العقوبات، وأثناء شرح هذه القاعدة لمعرفة ضمان الحق وعدمه عند التعسف في استعماله.

---

(١) راجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص٢٩٩ وما بعدها.

(٢) إلا أن الحنفية في حال الدفاع الشرعي استثنوا منه ما إذا كان الصائل صبياً أو مجنوناً أو دابة، فقتله المصول عليه، فإن المدافع يضمن قيمة الدابة، ويدفع الدية عن الصبي والمجنون، لقول النبي ﷺ بالنسبة للدابة: «العجماء جرحها جبار» أي هدر، وأما فعل الصبي والمجنون فلا يوصف بكونه جريمة أو بغياً، فلا تسقط به عصمة النفس. وقال الحنفية والمالكية: يضمن الدية من قلع عين إنسان لمجرد النظر، وقال الشافعية خلافاً لجمهور الفقهاء: يجب ضمان الدية إذا مات الشخص بسبب التعزير (راجع نظرية الضرورة: ص١٤٤، ١٤٨).

مذاهب الفقهاء في التعسف في استعمال الحق:

عرف الفقه الإسلامي نظرية التعسف في استعمال الحق، بل إن القانون المدني المصري الجديد ومثله السوري قد حرص - لدى صياغة النص الذي أورده في هذه النظرية - على الاستفادة من القواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي[١].

وهنا يجدر بنا الإشارة مجملاً إلى آراء الفقهاء حول هذه النظرية:

أولاً- رأي أبي حنيفة والشافعي وداوود الظاهري: يرى هؤلاء أن الإنسان حر التصرف في ملكه، ولا يقيد حقه في ذلك حتى ولو تضرر الآخرون، لأنه يتصرف في خالص ملكه، وإن كان يلحق الضرر بغيره، فلا يسأل عن الضرر عملاً بقاعدة «الجواز الشرعي ينافي الضمان» لكن لا يصح ديانة عند أبي حنيفة اتخاذ حق الملكية سبيلاً إلى الإضرار بالناس[٢]، لأن حديث «لا ضرر ولا ضرار» فيه دليل على تحريم الضرر على أي صفة كان، من غير فرق بين الجار وغيره[٣]، كما أنه قال في حالة الجوار العلوي (الطوابق): لا يجوز تصرف الإنسان في ملكه إلا بإذن الجار، لأن الأصل في تصرفات المالك في ملكه التي يتعلق بها حق الغير: هو المنع والحظر، فلا يباح له إلا ما يتيقن فيه عدم الضرر، ويتوقف ما عداه على إذن صاحب الحق ورضاه. وهذا الرأي الذي هو مقتضى القياس شبيه بما كان سائداً لدى القانونيين من نظرية الحق المطلق[٤].

ثانياً- رأي الصاحبين وجماعة من متأخري الحنفية ومجلة الأحكام العدلية: وهؤلاء يرون أن حرية المالك في ملكه مطلقة ما لم يترتب على ذلك إضرار بالآخرين، بشرط أن يكون الضرر فاحشاً، إذ لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وتصرف الإنسان في خالص ملكه

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهوري: ١/ ٨٣٦.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩٦ الطبعة الأولى، فتح القدير: ٥/ ٥٠٦ ط مصطفى محمد، الأم: ٣/ ٢٢٢ ط بولاق، المحلى: ٨ مسألة ١٣٥٥، ١٣٥٧.

(٣) نيل الأوطار: ٥/ ٢٦١ ط العثمانية.

(٤) النظرية العامة للالتزام للدكتور حجازي: ص٤٦٢، نظرية القانون للدكتور محمد علي إمام: ص٣٨.

إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره[١]. وقد عرفت المادة ١١٩٩ من المجلة الضرر الفاحش فقالت: «الضرر الفاحش: كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر البناء أي يجلب عليه وهناً، ويكون سبب انهدامه» وهذا الضرر ممنوع بقطع النظر عن نية صاحب الحق.

وهذا الرأي الذي هو مقتضى الاستحسان عند الحنفية شبيه بالنظرية المادية عند القانونيين، وقد مشى أبو حنيفة على هذا الرأي في علاقات الجوار بالعلو والسفل، حتى إنه زاد على ذلك كما بينا، فقرر أنه لا يجوز لصاحب السفل أن يتصرف في ملكه من غير رضا صاحب العلو حتى ولو لم يضر به، لأن حرمة التصرف في ملك الغير وحقوقه لا تتوقف على وقوع الضرر، بل هو حرام، سواء تضرر به أم لا.

ثالثاً- رأي الإمامين مالك وأحمد: للمالك استعمال حقه في ملكيته على ألا يكون قصده الإضرار بالآخرين، أو يترتب على فعله إضرار الغير، فإذا تبين قصد الإضرار، أو لزم من استعمال الحق إضرار الآخرين، وجب منعه، وإزالة الضرر عيناً أو بدلاً عنه، عملاً بحديث «لا ضرر ولا ضرار»[٢] وهذا الرأي الذي ينظر إلى قصد ذاتي ومعيار نفساني هو السائد قانوناً، وبمقتضاه يجب ضمان الأضرار الناجمة من سوء استعمال الحقوق. ومن أمثلة منع التعسف عند فقهائنا هؤلاء: وجوب سد النافذة التي تطل على نساء الجار[٣]، وردم البئر التي كانت سبباً في ذهاب ماء بئر الجار، ومنع دخول الجار من أرض جاره إذا كان يتضرر بذلك، ومنع بناء فرن أو حمام أو كير حداد أو صائغ في دار مما يضر دخانه

---

(١) البدائع: ٦/ ٢٥٨، رد المحتار: ٤/ ٤٦١ البابي الحلبي، وانظر المواد ١١٩٢-١١٩٧ من المجلة، جامع الفصولين: ٢/ ٢٨١ ط الأزهرية، ومراجع الحنفية السابق ذكرها.

(٢) انظر الموافقات للشاطبي: ٢/ ٣٤٨، القوانين الفقهية: ص٣٤١، جامع العلوم والحكم لابن رجب: ص٢٦٧ وما بعدها، وانظر عموماً النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور المحمصاني: ١/ ٣٩-٥٥، نظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريني: ص٣٥٢ وما بعدها، المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للدكتور فوزي فيض الله: ص٢٨٨ وما بعدها، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد للمؤلف: ٢/ ٥٥٣ وما بعدها.

(٣) قال الكاساني في البدائع: ٦/ ٢٦٤: إن الامتناع عما يؤذي الجار ديانة واجب؛ لأن الحكم الدياني مبني على النوايا: «إنما الأعمال بالنيات».

بالجيران، ومنع بناء رحى (طاحونة) في داره يضر دويها بالجار، وهدم البنيان الذي بني بقصد منع الضوء والشمس والهواء عن الجار[١].

وأما الركن الثاني وهو الضرر: فهو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته[٢]. فهو يشمل الضرر المادي كتلف المال، والضرر الأدبي كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان أو تلحق به سمعة سيئة، سواء أكان ذلك بالقول كالقذف والشتم أم بالسعاية من دون حق إلى الحاكم، والرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم على المتهم، أم بالفعل الإيجابي كالضرب والإحراق والإغراق والترويع والتهديد وإتلاف الزروع والأشجار وهدم المباني، أم بالفعل السلبي كالامتناع عن ترميم الحائط أو إغاثة الملهوف أو عن إطعام المضطر أو عن تسليم الوديعة بعد طلب صاحبها لها، أو كضياع مصلحة محققة لعدم قيام المتعهد بتوريد السلعة في الوقت المحدد، أو الوفاء بالالتزام بشحن وتصدير البضاعة في زمان معين.

كل هذه الأضرار المادية والأدبية أو المعنوية إذا كانت محققة الوقوع تستوجب الضمان في العرف الحاضر، إلا أن جمهور فقهائنا اقتصروا في تعويض الأضرار على النواحي المادية، دون المعنوية، فإنهم اكتفوا فيها بإيجاب عقوبة جنائية عليها، كحد القذف ثمانين جلدة الثابت بالقرآن الكريم، أو التعزير أي العقوبة غير المقدرة المفوضة إلى رأي القاضي وذلك في كل معصية أو جناية لا حد فيها[٣].

ومع هذا فقد قرر أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة أنه يجب التعويض بسبب الضرر الأدبي في حالة الألم الجسماني، فقال محمد: تجب حكومة عدل (أي تعويض يقدره القاضي) على الجاني بقدر ما لحق المضروب أو المجروح من

---

(١) راجع الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم: ص٢٦٤، ط أنصار السنة المحمدية، القوانين الفقهية: ص٣٤١.

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف٥٨٦، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة للدكتور صبحي المحمصاني: ١/ ١٦٩ وما بعدها، ط ١٩٤٨.

(٣) الحد: عقوبة مقدرة وجبت حقاً للمجتمع مثل حد السرقة وحد الزنا والقذف وشرب المسكر والمحاربة.

الألم. وقال أبو يوسف: للمجني عليه أن يرجع على الجاني بما أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء[١].

وأما تعويض الضرر لضياع المصلحة فهو وإن لم ينص فقهاؤنا عليه إلا أنه يمكن للحاكم الحكم به بناء على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر، وتطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل بسبب تقصير أو إهمال أو عدم احتراز أو لتعارف الناس ذلك[٢]، مثل قاعدة «الضرر يزال» و«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».

ومما يؤيد وجوب تعويض الأضرار عموماً أن أبا يوسف من الحنفية، والمفتى به عند علماء المالكية، وبعض الشافعية، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم من الحنابلة، كل هؤلاء يجيزون للقاضي أن يحكم في نطاق التعزيرات بالعقوبات المالية، أي بالجزاء النقدي بدلاً من الحبس وغيره على الأضرار التي لا عقوبة مقدرة فيها شرعاً، بدليل ما ثبت في سنة رسول الله ﷺ من أمره بكسر دنان الخمر وشق ظروفها، وهدمه مسجد الضرار للمنافقين، ومضاعفته الغرم على سارق ما لا حد فيه بالقطع من الثمر أو من غير حرز أو عام المجاعة، وأخذه شطر مال مانع الزكاة عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى، ومثل تحريق عمر وعلي رضي الله عنهما المكان الذي يباع فيه الخمر، ومصادرة عمر ما وجده من طعام مع سائل فوق كفايته، ونحو ذلك كثير، حتى إن من قال: «إن العقوبات المالية منسوخة» وأطلق ذلك، فقد غلط في نقل مذاهب الأئمة والاستدلال عليها.

بل إن أئمة المذاهب الأربعة الذين لا يجيزون التعزير بأخذ المال في الراجح عندهم، نظروا إلى اعتبارات سياسية محضة وهي خشية أن يتسلط الظلمة من الحكام على أموال الناس، فيأخذوها بغير حق باسم العقوبة، ثم يأكلونها. وهذا

---

(١) المبسوط للسرخسي: ٢٦/ ٨١، الدر المختار: ٥/ ٤١٥، مجمع الضمانات: ص١٧١، النظرية العامة للموجبات: ١/ ١٥٤، ١٧١.

(٢) انظر المدخل للزرقاء: ف ٢٣٤، ٥٠٦، المسؤولية التقصيرية للدكتور فيض الله: ص١٣٣ وما بعدها.

المحذور غير قائم الآن بعد تنظيم القانون الوضعي كيفية دفع الغرامات إلى الخزينة العامة مباشرة[١].

وأما الرابطة بين التعدي (الخطأ) والضرر إما مباشرة وإمّا تسبباً فهو الأساس الثالث للضمان، إلا أنه لا ينطبق عليه معنى الركن المقصود هنا: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وإنما هو بمعنى اشتراط عدم المانع للسبب كما بينا سابقاً[٢].

وقد حدد الفقهاء هذه الصلة أو الرابطة بأن تكون إما على سبيل المباشرة أو السببية، فلا ضمان في غير المباشرة والتسبب[٣].

والمباشرة: إيجاد علة التلف؛ أي إنه ينسب إليه التلف في العرف والعادة كالقتل والأكل والإحراق. والسبب: إيجاد ما يحصل الهلاك عنده أي إنه لا ينسب إليه الهلاك عادة، وإنما يكون شيئاً مقصوداً لتحصيل وترتيب ما ينسب إليه الهلاك[٤].

وبعبارة أخرى: المباشرة: أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف، كما لو جرح إنسان غيره أو ضربه فمات.

والتسبب: أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره، لا حقيقة فعله، فيتلف به، كما في عملية حفر البئر، فإن أثر الحفر وهو العمق هو الذي اتصل بمن وقع فيه فمات،

---

(١) راجع الحسبة في الإسلام لابن تيمية: ص٤٩ وما بعدها، الطرق الحكمية لابن القيم: ص٢٦٦ وما بعدها، أعلام الموقعين لابن القيم: ٣/ ٢٢ الطبعة الأولى، القواعد لابن رجب: ص٣١٢، رد المحتار على الدر المختار: ٣/ ١٩٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٤٧ في الرسالة الثالثة عشرة من رسائله، التعزير في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد العزيز عامر: ص٣٣٢ وما بعدها، المدخل للزرقاء: ف٣٣٣.

(٢) انظر المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للدكتور فوزي فيض الله: ص٣١٨، الوسيط في أصول الفقه للمؤلف ط أولى: ص٩٩.

(٣) النظرية العامة للموجبات والعقود للمحمصاني: ١/ ١٨٠.

(٤) الوجيز للغزالي وشرحه فتح العزيز للرافعي بهامش المجموع للنووي: ج١١/ ٢٣٩، ٢٤١ وما بعدها، قواعد الأحكام لابن عبد السلام: ٢ص ١٣١.

فالتلف لم يحدث بحقيقة الفعل وهو الحفر، لأن الحفر متصل بالمكان لا بالواقع في البئر[١].

وعرفت المجلة كلًّا من الإتلاف مباشرة وتسبباً فقالت: «الإتلاف مباشرة: هو إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله: فاعل مباشر» (م ٨٨٧) «الإتلاف تسبباً: هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، ويقال لفاعله: متسبب، كما أن من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره، ويكون حينئذ قد تلف الحبل مباشرة، وكسر القنديل تسبباً؛ وكذلك إذا شق أحد ظرفاً فيه سمن، وتلف ذلك السمن: يكون قد أتلف الظرف مباشرة، والسمن تسبباً» (م ٨٨٨).

والمباشر: هو أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار. والمتسبب: هو الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار[٢].

فإذا وجدت المباشرة وحدها لزم الضمان مثل السرقة، والإحراق، والإغراق، والهدم، والكسر، والذبح، والقطع، ونحو ذلك.

وإذا وجد التسبب وحده، وجب الضمان بالشروط الآتية:

١- أن يحدث تعد من فاعل السبب.

٢- أن يقع الضرر بتعمد المتسبب.

٣- أن يؤدي السبب إلى النتيجة قطعاً دون تدخل سبب آخر حسب العادة.

أو ألا يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر، وإلا نسب الفعل إليه مباشرة[٣].

---

(١) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي: مجلد٢/ ١٢٦٩.

(٢) غمز عيون البصائر شرح الأشباه: ١/ ١٩٦.

(٣) شرح المجلة للشيخ خالد الأتاسي: ٣/ ٤٦٤. وهذه الشروط يمكن أخذها من المجلة، نصت المادة (٩٢٤): «يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان: يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر بغير حق، مثلاً: لو حفر أحد =

وإذا كان العلماء متفقين في الجملة على هذا، فإنهم اختلفوا في تقدير وجود السبب في بعض الحالات، منها ما يأتي:

فتح القفص ونحوه:

أولاً- من فتح حانوتاً لرجل فتركه مفتوحاً فسُرق، أو فتح قفص طائر فطار، أو حل رباط دابة فهربت أو فتح باب الإصطبل أو حل رباط سفينة فغرقت أو ذهبت بها الرياح، ففي كل هذه الحالات يضمن المتسبب عند المالكية والحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية، لأنه تسبب في الإتلاف، وأضاف المالكية قولهم. «سواء فعل ذلك كله عمداً أم خطأ».

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يضمن لأن مجرد الفتح ونحوه ليس بإتلاف مباشرة ولا تسبباً.

وقال الشافعية: من فتح قفصاً على طائر وهيَّجه، فطار في الحال: ضمنه؛ لأنه ألجأه إلى الفرار، وإن اقتصر على الفتح فالأظهر أنه إن طار في الحال: ضمن، لأن طيرانه في الحال يشعر بتنفيره، وإن وقف ثم طار، فلا يضمنه، لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره. وهذا التفصيل ينطبق على حل رباط بهيمة، أو فتح باب ونحو ذلك.

أما لو حل رباطاً عن علف في وعاء فأكلته بهيمة في الحال، ضمن. ومن فتح باب الحرز فسرق غيره أو دل سارقاً فسرق لا ضمان عليه، لأنه لم يوجد منه سبب يمكن تعليق الضمان به. وإن حل رباط سفينة فغرقت، فإن غرقت في الحال ضمن لأنها تلفت بفعله، وإن وقفت ثم غرقت: فإن كان بسبب حادث كريح هبت، لم يضمن؛ لأنها غرقت بغير فعله، وإن غرقت من غير سبب حادث ففيه رأيان:

= في الطريق العام بئراً بلا إذن أولي الأمر، وسقطت فيه دابة لآخر، وتلفت، يضمن، وأما لو سقطت الدابة في بئر كان قد حفره في ملكه وتلفت: لا يضمن» ونصت المادة (٩٢٥): «لو فعل أحد فعلاً يكون سبباً لتلف شيء، وأحل في ذلك الوقت فعلاً اختيارياً يعني لو أتلف آخر ذلك الشيء مباشرة، يكون ذلك الفاعل المباشر صاحب الفعل الاختياري ضامناً».

أحدهما: لا يضمن كالزق إذا ثبت بعد فتحه ثم سقط.

والرأي الثاني: أنه لا يضمن، لأن الماء أحد المُتلفات[١].

وفي رأينا أن المذهب الأول أصح وأرجح، لذا أخذت به المجلة (م ٩٢٢).

فتح وعاء السمن:

ثانياً- لو فتح إنسان زقاً (أي ظرفاً) فيه زيت أو سمن ونحوهما فخرج ما فيه: ضمن، لأن فعله سبب تلفه، ولم يتخلل بينهما سبب آخر يمكن إحالة الحكم عليه، إلا أن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: إذا كان الزيت الموجود في الظرف ذائباً فسال منه، ضمن، وإن كان السمن جامداً فذاب بالشمس وزال، لم يضمن، لأن المائع يسيل بطبعه إذا وجد منفذاً بحيث يستحيل استمساكه عادة، فكان حل الرباط إتلافاً له تسبيباً، أما الجامد فلا يسيل بطبعه، فإن سال بحرارة الشمس فلا يعدّ فاتح الظرف سبباً في إتلافه ولا مباشراً له[٢].

وقال الشافعية: إذا كان الزق مطروحاً على الأرض، فخرج ما فيه بالفتح وتلف، يضمن، حتى ولو كان التقاطر بإذابة شمس أو حرارة أو ريح مع مرور الزمن، لأن الإتلاف ناشئ عن فعله، سواء أحضر المالك، وأمكنه تدارك الأمر فلم يفعل، أم لا. أما إذا كان الزق منصوباً على شيء، ففتحه فإن سقط بالفتح أو بتقاطر ماء فيه وابتلال أسفله به، وخرج ما فيه وتلف، ضمن، وإن سقط بسبب ريح أو نحوها كزلزلة، ووقوع طائر، أو جهل الحال فلم يعلم سبب سقوطه، لم يضمن لأن التلف لم يحصل بفعله[٣].

---

(١) البدائع: ١٦٦/٧، جامع الفصولين: ١١٥/٢، ١١٦، مجمع الضمانات: ص١٤٨، القوانين الفقهية: ص٣٣٢، مغني المحتاج: ٢٧٨/٢، المهذب: ١/ ٣٧٤ وما بعدها، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ١١/ ٢٤٥ وما بعدها، المغني: ٥/ ٢٨٠، كشاف القناع: ٩٨/٤، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٤٥١.

(٢) المراجع السابقة، مجمع الضمانات: ص١٤٨، ١٥٣.

(٣) مراجع الشافعية السابقة، نهاية المحتاج: ٤/ ١١١ وما بعدها.

الترويع:

ثالثاً- إذا بعث الحاكم إلى امرأة يستدعيها إلى مجلس القضاء، فأجهضت جنينها فزعاً أو زال عقلها، فقال أبو حنيفة وابن حزم: لا ضمان في شيء من ذلك على أحد جملة، إذ ليس السبب متصلاً بالنتيجة قطعاً. وقال جمهور الفقهاء: يضمن الحاكم الدية(١)، لما روي أن عمر رضي الله عنه أرسل إلى امرأة يدعوها إليه، فقالت: يا ويلها، ما لها ولعمر، فبينا هي في الطريق، فزعت، فجاءها الطلق، فألقت ولداً، فصاح الصبي صيحتين، ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت والٍ ومؤدب، وصمت علي، فأقبل عليه عمر، فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم، فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، إن ديته عليك، لأنك أفزعتها، فألقته، فقال عمر: أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك» أي بني عدي من قريش(٢).

ولو ماتت المرأة نفسها فزعاً، وجبت ديتها عند الحنابلة، لأنها نفس هلكت بسبب الحاكم، فيضمنها كما يضمن جنينها، وكما لو ضربها فماتت.

وقال المالكية والشافعية: لا تضمن المرأة، لأن الإفزاع ليس بسببٍ للهلاك عادة. ونازع الحنابلة في ذلك فقالوا: إن الترويع سبب للإسقاط والإسقاط سبب للهلاك عادة، ثم لا يتعين في الضمان كونه سبباً معتاداً، فإن الضربة والضربتين بالسوط ليس سبباً للهلاك في العادة، ومتى أفضت إليه وجب الضمان.

ويجري هذا الخلاف بسبب الإفزاع فيمن شهر سيفاً في وجه إنسان أو دلاه من مكان شاهق، فمات من روعته، أو ذهب عقله. وكذا لو صاح إنسان بصبي أو مجنون أو معتوه صيحة شديدة، وهو على سطح أو حائط ونحوهما، فوقع فمات، أو ذهب عقله. أو لو تغفل أحد بالغاً عاقلاً، فصاح به، فأصابه ذلك، فلا ضمان

(١) عند الشافعية والحنابلة: الضمان على العاقلة (أي الأسرة أو القبيلة التي تربطها رابطة الدم الواحد أي عصبة الإنسان وأقاربه) وعند المالكية: على الحاكم.

(٢) والقاعدة في ذلك حينئذ: «خطأ القاضي في بيت المال» أي إن خطأه واجب في بيت مال المسلمين، وليس في ماله هو.

لديته عند الحنفية لعدم تعديه أي لم يكن ذلك سبباً كافياً للضمان، وفي بعض كتب الحنفية: إنه يضمن بالصياح على الصغير، قال ابن عابدين: فيحمل الأول أي عدم الضمان على ما إذا لم يكن فجأة.

وقال جمهور الفقهاء: يجب الضمان في كل ذلك لأن الفاعل متسبب في الإتلاف، إلا أن للشافعية قولين في ضمان البالغ، قيل: يضمن، وقيل: لا يضمن[1].

الحبس أو الحيلولة:

رابعاً- اختلف العلماء فيمن حبس المالك عن ماله حتى تلف: أي المال، أو عن ماشيته حتى تلفت، فقال الشافعية: لا ضمان عليه إذا لم يقصد منعه عن الماشية مثلاً، لأنه لم يتصرف في المال، وإنما تصرف في المالك، فإن قصد منع المالك عن ملكه ضمن، وهذا هو المبدأ المعروف عندهم **بالحيلولة:** وهي أن يحول بين الشخص وبين ملكه حائل حتى تلف، وهو السبب الرابع من أسباب الضمان بعد العقد واليد والإتلاف.

وقال الحنابلة والمالكية: عليه ضمان ما تلف به، لأنه سبب هلاكه[2].

وقال الحنفية:

«من حال بين شخص وبين أملاكه، حتى تلفت، لم يضمن، ولو فعل ذلك في المنقول ضمن[3]».

---

(١) راجع في ذلك كله المهذب: ٢/ ١٩٢، الأحكام السلطانية للماوردي: ص٢٣٠، المغني: ٧/ ٨٣٢ وما بعدها، كشاف القناع: ٤/ ٩٩، الإفصاح عن معاني الصحاح لأبي المظفر يحيى بن هبيرة: ص٣٣٩ الطبعة الأولى بحلب، المحلى: ١١/ ٢٩ وما بعدها، مسألة ٢١٢٠، ط الإمام بالقاهرة، اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية بهامش جامع الفصولين: ٢/ ٢١٢ ط الأولى بالأزهرية، الميزان للشعراني: ٢/ ١٤٧ ط البابي الحلبي، الدر المختار: ٥/ ٣٩٧، مجمع الضمانات: ص١٧٢.

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ١١/ ٢٤٧، المغني لابن قدامة: ٥/ ٢٢٣، ٧/ ٨٣٤، الطبعة الثالثة، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٤٢، نهاية المحتاج: ٤/ ١١٢، مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٣، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٢٧٨.

(٣) جامع الفصولين: ٢/ ١١٧، اللباب شرح الكتاب: ٢/ ١٨٩.

والخلاصة أن الحيلولة بين المالك وملكه سبب من أسباب الضمان عند جمهور الفقهاء، وليست سبباً لذاك عند الحنفية فيما عدا المنقول.

انتفاء السببية

قد تتدخل عوامل خارجية عدا السبب الأصلي في إحداث الضرر، وقد يشترك في التعدي شخصان فأكثر، وقد يترتب على سبب واحد سلسلة من الأضرار، فمن المسؤول عن الضمان في هذه الحالات الثلاث؟

المطلب الأول : طروء سبب آخر في إحداث الضرر

قد يتسبب إنسان في إحداث ضرر، ولكنه لا يكون وحده في ذلك، وإنما تطرأ قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، أو خطأ من المتضرر نفسه، أو من شخص آخر، فيقع الضرر عندئذ بسبب هذه الحالات، فلا يسأل المتسبب الأول عن الضمان فيما عدا حالة الغصب، لأن القاعدة الفقهية تقرر «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر» (م ٩٠ من المجلة).

أما القوة القاهرة:

فهي أن يحصل التلف بقوة لا يستطيع الإنسان دفعها، وليس في إمكانه الاحتراز منها[(١)]، فلا يضمن المتسبب، لأن القاعدة الفقهية تقرر «ما لا يمكن الاحتراز منه لا ضمان فيه»[(٢)] ومن أمثلتها ما ذكره الحنفية: «لو وضع أحد جمرة على طريق، فهبت بها الريح، وأزالتها عن مكانها، فأحرقت شيئاً لا يضمن الواضع، وكذا لو وضع حجراً في الطريق، فجاء السيل، ودحرجه، فكسر شيئاً: لا يضمن الواضع؛ لأن جنايته زالت بالماء والريح»[(٣)] «إذا حل شخص سفينة

---

(١) المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الشيخ محمد شلتوت: ص٣٢.
(٢) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص٦٢.
(٣) تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/ ١٤٣ وما بعدها، مجمع الضمانات للبغدادي: ص١٤٩، وانظر مثل ذلك الوجيز وشرحه فتح العزيز بهامش المجموع: ١١/ ٢٤٣.

مربوطة في يوم ريح: إن ثبتت بعد الحل أقل القليل، ثم سارت وغرقت: لا يضمن»[١].

قال في الدر المختار ورد المحتار: «وأما الحاكم إذا قطع يد السارق فمات، والختان والفصاد، والبزاغ (أي البيطار)، فلا يتقيد فعلهم بشرط السلامة»[٢] أي فلا ضمان عليهم بسبب سراية الجرح إلى النفس والموت بعده. ومثل ذلك الطبيب الجراح لا يضمن تلف النفس بعد إجراء العملية الجراحية لمريض إذا قام بواجبه على الوجه المعتاد[٣].

وأما الحادث المفاجئ: فهو أن يحصل التلف بفعل يقدر الإنسان على دفعه، ولكنه فوجئ به في مكان مأمون عادة، كمفاجأة راعي الغنم بذئب في حقل مثلاً[٤]. جاء في الفتاوى البزازية: «لو أكل الذئب الغنم، والراعي عنده: إن كان الذئب أكثر من واحد: لا يضمن، لأنه كالسرقة غالباً (أي كالقوة القاهرة). وإن كان واحداً يضمن؛ لأنه يمكن المقاومة معه، فكان من جملة ما يمكن الاحتراز منه، بخلاف الزائد على الواحد»[٥] أي إن الضمان هنا في مكان غير مأمون عادة كالصحراء والجبال والوديان.

وأما خطأ المتضرر: فهو أن يقع الضرر مباشرة منه بالرغم من وجود متسبب له، مثل أن يضع شخص سكيناً في يد صبي، فيقتل بها نفسه، فلا يضمن المتسبب،

---

(١) جامع الفصولين: ٢/ ١١٦، المهذب ١/ ٣٧٥.

(٢) الدر المختار: ٥/ ٤٠١.

(٣) هذا وقد أثبتنا في كتابنا «نظرية الضرورة الشرعية» سبق الفقه الإسلامي إلى معرفة نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة (الجوائح أو الآفة السماوية كطغيان أو فيضان أو صقيع أو صواعق) كسبب لإعفاء الدائن من المسؤولية. وقد وصف الفقيه الفرنسي لامبير نظرية الضرورة في الإسلام بقوله: «تعتبر نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي أكثر جزماً وشمولاً من فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة: شرط بقاء الحال على ما هو عليه، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على إيقاف نظرية تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة» (الإسلام ضرورة عالمية ص١٩٥ وما بعدها، للأستاذ زاهر عزب الزغبي).

(٤) الأستاذ شلتوت، المكان السابق.

(٥) مجمع الضمانات: ص٢٩ وما بعدها.

لمباشرة الصبي قتل نفسه، هذا في قول عند الحنفية. والقول الآخر وهو المختار عندهم: أنه يضمن[(١)].

ومثل ذلك: «إذا سار الرجل على دابة في الطريق، فنخسها رجل أو ضربها، فنفحته، كان دمه هدراً، لأن ذلك تولد من نخسه، فصار كأنه هو الذي جنى على نفسه»[(٢)].

ومثله أيضاً: «من رفع قلنسوة من رأس إنسان، ووضعها على رأس رجل آخر، فطرحها الرجل عن رأسه، قال الحنفية: إن كانت القلنسوة بمرأى العين من صاحبها، وأمكنه رفعها من ذلك الموضع، لا يضمن الطارح، لأن ذلك بمنزلة الرد على المالك، وإن لم يكن كذلك يكون ضامناً»[(٣)] أي إن صاحبها قصر في الحالة الأولى فهو الضامن.

وأما خطأ شخص آخر غير المتسبب: فهو أن يتدخل شخص ثالث أجنبي بين السبب والمسبب، مثاله «لو فتح شخص باب دار فسرق آخر منه متاعاً، لم يضمن الفاتح، سواء سرق عقيب الفتح أو بعده، وكذا لو حل رباط دابة، أو فتح باب قفص، فأخذ الدابة أو الطير آخر، لم يضمن الفاتح وفاقاً»[(٤)] «إذا شق رجل بطن رجل، وأخرج أمعاءه، ثم ضرب رجل عنقه بالسيف عمداً، فالقاتل هو الذي ضرب العنق»[(٥)].

«رجل حفر بئراً في الطريق، فألقى رجل نفسه فيها متعمداً، لا يضمن الحافر» أي لأنه إذا اجتمع المباشر والمسبب أضيف الحكم إلى المباشر، فلا ضمان على حافر البئر تعدياً بما تلف بإلقاء غيره فيه[(٦)].

---

(١) جامع الفصولين: ٢/ ١١٢، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٣٩٧، مجمع الضمانات: ص١٦٦، ١٧٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٩٦.
(٢) المبسوط: ٢٧/ ٢، الدر المختار: ٥/ ٤٣١ ط البابي الحلبي، جامع الفصولين: ٢/ ١١٩.
(٣) مجمع الضمانات: ص١٤٤، جامع الفصولين: ٢/ ١١٧.
(٤) جامع الفصولين: ٢/ ١١٦.
(٥) مجمع الضمانات: ص١٧١.
(٦) المرجع السابق: ص١٧٨، ١٨٠.

«من ألقى شخصاً من شاهق جبل فتلقاه آخر فقده، فالقصاص على القادّ فقط»[١].

«من أردى غيره في بئر، فالضمان على المردي وحده دون الحافر، لأن الأول مباشر والثاني متسبب، والمباشر مقدم في الضمان»[٢].

والخلاصة أن السببية تنتفي من أجل الضمان إذا وجدت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ من المتضرر أو من شخص آخر أجنبي.

المطلب الثاني : تعدد الأسباب

إذا كان للضرر عدة أسباب، فمن المسؤول عن إحداث الضرر؟ هل يشترك جميع الجناة في المسؤولية، أم ينفرد أحدهم بها دون الآخرين؟

في الجواب تفصيل: إما أن يكون فعل المعتدين من نوع واحد، وإمّا من نوع مختلف.

أ- فإن كان فعل المعتدين من نوع واحد بأن كانوا جميعاً مباشرين أو متسببين، فهم جميعاً مسؤولون على حد سواء، مثاله في **المسؤولية الجنائية:** اشتراك جماعة في قتل شخص واحد، فإنه يقتص منهم جميعاً (أي يطبق عليهم حكم الإعدام) عند جمهور الصحابة وأئمة المذاهب الأربعة، فقد قتل عمر رضي الله عنه سبعة برجل من أهل صنعاء، وقال: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً» رواه مالك في الموطأ عن عمر.

وقال بعض الصحابة والتابعين والظاهرية: لا تقتل الجماعة بالواحد، وإنما يقتل منهم واحد، ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية، لأن كل واحد منهم مكافئ للمقتول، فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد، كما لا تجب ديات لمقتول واحد[٣].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٤٥.

(٢) الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٤٤٤.

(٣) البدائع: ٧/ ١٣٨، الدر المختار: ٥/ ٣٩٤، اللباب شرح الكتاب: ٣/ ١٥٠، بداية المجتهد: ٢/ ٣١٢، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٤٥، قواعد الأحكام: ٢/ ١٣٣، مغني المحتاج: ٤/ ١٢، المغني: ٧/ ٦٧١ وما بعدها، الإفصاح عن معاني الصحاح: ص٣٢٢، المحلى: ١٠/ ٦٠٧، م ٢٠٨٦، نصب الراية: ٤/ ٣٥٣.

وفي السرقة اتفق العلماء على أنه إذا اشترك جماعة في سرقة، فحصل لكل واحد منهم نصاب[١]، فيقام حد السرقة (وهو قطع اليد من الرسغ) على كل واحد منهم. أما إذا كان المسروق كله نصاباً، واشترك جماعة في سرقته، فقال أبو حنيفة والشافعي: لا يقام الحد على واحد منهم، لعدم توافر معنى الجريمة بوضع كامل بالنسبة إلى كل واحد منهم، وإنما يكتفى بالتعزير ضرباً أو توبيخاً أو حبساً.

وقال المالكية: إن كان لكل واحد قدرة على حمله بانفراده، فلا يقطع أحد، وإلا بأن احتاجوا في إخراج المسروق إلى تعاون بعضهم، فيقطعون جميعاً.

وقال الحنابلة: يقام الحد على الجميع حفظاً لأموال الناس[٢].

ومثاله **في المسؤولية المدنية:** اشتراك جماعة في إتلاف شيء، فإنهم يضمنون المثل أو القيمة، ويتحمل كل واحد منهم نصيبه دون تضامن فيما بينهم عملاً بمبدأ المسؤولية الفردية المقرر في الإسلام: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ٦/ ١٦٤] أي لا تتحمل نفس آثمة جناية آخر.

وإن تفاوت فعل المعتدين قوة وضعفاً، قدم السبب الأقوى عند المالكية والحنابلة وقياساً عند الحنفية، فإن قصد أفراد مثلاً قتل إنسان، كل على انفراده دون اتفاق مع غيره، أو قصد كل واحد منهم ضربه بلا قصد قتل فمات، قدم للقصاص الأقوى فعلاً حيث تميزت أفعالهم، وهو من مات القتيل من فعله بأن أنفذ مقتلاً. وإن لم يكن فعله أشد من فعل غيره، فيقتل ويقتص مثلاً ممن جرح أو قطع عضواً، ويعزر من لم يجرح[٣]. وأما مقتضى الاستحسان عند الحنفية فهو

---

(١) النصاب: عشرة دراهم أو دينار عند الحنفية، وثلاثة دراهم أو ربع دينار عند جمهور الفقهاء، وقدر الدينار في قانون الحدود الليبي عام ١٩٧٢ بسعر الذهب في ذلك الوقت وهو ما يساوي ١٠ دنانير ليبية، والدينار يساوي (٤,٤٥٧غ) فيضرب بسعر غرام الذهب الحالي، ويعرف قدره بالنقود الرائجة في كل بلد.

(٢) البدائع: ٧/ ٧٨، فتح القدير: ٤/ ٢٢٥، مغني المحتاج: ٤/ ١٦٠، المهذب: ٢/ ٢٧٧، بداية المجتهد: ٢ص ٤٣٩، المنتقى على الموطأ: ٧/ ١٧٨، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٤/ ٣٣٥، المغني: ٨/ ٢٨٢.

(٣) الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي: ٤/ ٢٤٩، الفروق ٢/ ٢٠٨، القواعد لابن رجب: ص٢٨٥.

توزيع الضمان على المشتركين حسب دور كل واحد في إحداث الضرر قوة وضعفاً[(١)].

قال البغدادي من علماء الحنفية في القرن الحادي عشر: «ازدحم جماعة يوم الجمعة، فدفع بعضهم بعضاً، فوقع على زجاج الخزاف وقدروه، فانكسرت: يضمن الدافع إن انكسرت بقوة دفعه»[(٢)] وسنذكر في بحث القواعد الفقهية أمثلة أخرى لاشتراك المتسببين في إحداث الضرر كما يقضي استحسان الحنفية.

ب- وأما إن اختلف عمل المعتدين بأن كان بعضهم مباشراً، والآخر متسبباً، فتطبق القاعدة الفقهية القائلة: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر» أي إذا غلبت المباشرة السبب، وذلك بأن تقطع عمله وأثره، مثلاً: لو حفر رجل بئراً في الطريق العام، فألقى أحد حيوان شخص في ذلك البئر، ضمن الذي ألقى الحيوان، ولا شيء على حافر البئر» (م ٩٠ مجلة).

ومن أمثلتها: «رجل حفر بئراً في الطريق، فألقى آخر نفسه فيها متعمداً، لا يضمن الحافر، وإن لم يوقع فيها نفسه، فسقط وسلم من السقوط، ومات فيها جوعاً أو غماً، لا يضمن الحافر في قول أبي حنيفة لأنه مات بفعل نفسه لا بفعل الحافر، وقال أبو يوسف: إن مات فيها جوعاً فكذلك لا يضمن، وإن مات فيها غماً بأن أثر الغم على قلبه قبل الوقوع، فمات من ذلك، ضمن الحافر. وقال محمد: يضمن الحافر في الوجوه كلها، لأن الموت حصل بسبب الوقوع في البئر»[(٣)].

- «نقب شخص حائطاً فغاب، فدخل منه رجل فسرق لا يضمن الناقب، وبه يفتى، لأنه سبب والسارق مباشر».

- «وإذا دل سارقاً على مال إنسان، فسرقه لا يضمن المال»[(٤)].

---

(١) تكملة البحر الرائق للطوري: ٨/ ٣٩٧، المسؤولية التقصيرية للدكتور فيض الله: ص٣٢٧.
(٢) مجمع الضمانات: ص١٤٩.
(٣) المرجع السابق: ص١٨٠، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٤٥.
(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٩٦، مجمع الضمانات: ص١٥٣.

- «ومن أمسك شخصاً ليقتله آخر، فقتله، يضمن القاتل فقط أي يقتص منه عند الحنفية؛ لأنه باشر القتل ويجب التعزير على الممسك من غير حبس».

وقال المالكية، والإمام أحمد في رواية: يشتركان معاً في الضمان والقصاص لقول عمر رضي الله عنه في قتيل جماعة: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به».

وقال أحمد في الرواية الأخرى الراجحة والظاهرية والشافعية: «يقتل القاتل، ويحبس الممسك حتى يموت»[1] وسيأتي مزيد من بيان لهذه القاعدة إن شاء الله.

- «إذا اشترك اثنان في نقب جدار، فدخل أحدهما، وأخذ المتاع، وناوله الآخر، وهو خارج المكان أو رمى به إليه، فقال المالكية والشافعية والحنابلة: يعاقب الداخل وحده بقطع يده، دون الخارج لأنه هو الذي أخرج المتاع، مع المشاركة في النقب. وقال أبو حنيفة: لا يعاقب أحد؛ لأن كل واحد لم يستقل بالنقب والإخراج. وقال الصاحبان: يعاقب الداخل إن أخرج يده وناول الخارج[2].

حالات مستثناة من قاعدة تقديم المباشر على المتسبب:

قد يكون المتسبب وحده هو الضامن، وقد يشترك المتسبب مع المباشر في الضمان[3].

١- ضمان المتسبب وحده:

إذا كان المتسبب هو العامل الأهم في إحداث الضرر، وذلك بأن يتغلب السبب

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٣٨٤، البدائع، ٧/ ٢٧٤، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ٢/ ١٣٣، الأشباه للسيوطي، المكان السابق، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٤٥، المهذب: ٢/ ١٧٦، مغني المحتاج: ٤/ ٤، ٨، القواعد لابن رجب: ص٢٨٧، المغني: ٧/ ٧٥٥، بداية المجتهد: ٢/ ٣٨٩، الإفصاح: ص٣٢٣، المحلى: ١٠/ ٦٢١، م٢٠٩٠.

(٢) المبسوط: ٩/ ١٤٧، فتح القدير: ٤/ ٢٤٣، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٣٤٣، المهذب: ٢/ ٢٧٩، المغني: ٨/ ٢٨٤.

(٣) انظر النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور المحمصاني: ١/ ١٩٠ وما بعدها.

على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدواناً[١] فيضمن وحده الضرر الحادث، كما أنه يضمن خطأه العقدي إذا كان هو المتسبب فيه.

من أمثلة الصورة الأولى: «من ضرب دابة عليها راكب، أو نخسها بعود بلا إذن الراكب، فنفحت أو ضربت بيدها شخصاً آخر، أو نفرت، فصدمته وقتلته، ضمن هو أي الناخس، لا الراكب، لأنه غير متعد، فترجح جانب الناخس في التغريم للتعدي. ولكن يلاحظ أن الناخس إنما يضمن إذا كانت النفحة أو الضربة أو الوثبة أو الوطء فور النخس، وإلا فالضمان على الراكب، لانقطاع أثر النخس»[٢] أي أن يتوافر معنى السببية في إحداث الضرر.

-«لو دفع شخص إلى صبي سكيناً ليمسكه له، فوقعت عليه فجرحته، كان الضمان على الدافع»[٣].

-«الإفتاء بتضمين الساعي بالشر[٤]: من سعى إلى حاكم ظالم حتى غرم رجلاً، فإن كانت السعاية بحق كأن كان يؤذيه، وعجز عن دفعه إلا بسعيه، أو كان المشكو فاسقاً لا يمتنع بالأمر بالمعروف، ففي مثل ذلك لا يضمن الساعي، وإن لم تكن السعاية بحق، كأن يقول: إن لفلان مالاً كثيراً، أو إنه يريد الفجور بأهلي أو ضربني أو ظلمني فغرمه السلطان شيئاً، فيضمنه الساعي، سواء أكان كاذباً أم صادقاً إلا أنه غير متظلم ولا محتسب في ذلك»[٥].

-«إذا وضع رجل في الطريق حجراً أو بنى فيه بناء، أو أخرج من حائط جذعاً

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي: ٢/ ٤٦.

(٢) المبسوط: ٢٧/ ٢، درر الحكام: ٢/ ١١٣ وما بعدها، الدر المختار: ٥/ ٤٣٠ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص١٨٧.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٩٧، المبسوط: ٢٦/ ١٨٥.

(٤) السعاية الموجبة للضمان: أن يتكلم بكذب يكون سبباً لأخذ المال من إنسان مصادرة، أو لا يكون قصده إقامة الحسبة (وهي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) كأن يقول عند الحاكم: إن فلاناً وجد مالاً، أو وجد كنزاً أو لقطة، ثم تبين كذبه.

(٥) الأشباه لابن نجيم وشرحه للحموي: ١/ ١٩٨، جامع الفصولين: ٢/ ١٠٨ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص١٥٤.

أو صخرة شاخصة، أو شرع كنيفاً[١] أو جناحاً، أو ميزاباً أو ظُلة، فعطب به إنسان كان ضامناً لما أصاب من ذلك، لأنه متسبب لهلاك ما أتلف بما أحدثه، وهو متعد في هذا التسبب. فإن عثر بما أحدثه في الطريق رجل، فوقع على آخر، فمات، كان الضمان على الذي أحدث الشيء البارز في الطريق، لأنه صار بمنزلة الدافع، والذي عثر مدفوع، والمدفوع كالآلة»[٢].

- «رجل حفر بئراً في الطريق من دون إذن، فجاء سيل بحجر عند البئر، فعثر به إنسان، وسقط في البئر، كان الضمان على حافر البئر»[٣].

-«إذا رجع الشهود عن شهادتهم في مجلس القضاء بعد صدور الحكم وتنفيذه، لم يفسخ الحكم، وعليهم ضمان الغرم أو التلف الذي تسببوا في إلحاقه بالمشهود عليه من مال أو دية باتفاق المذاهب الأربعة المشهورة، ولا يضمن القاضي الذي باشر إصدار الحكم شيئاً»[٤].

- «من فر من ظالم فأخذه رجل، حتى أدركه الظالم وغرّمه، أو طلبه ظالم ليقبض منه ماله، فدله رجل، فأخذ ماله، يضمن الآخذ والدال عند محمد من الحنفية للسببية» وقال أبو حنيفة: يضمن الظالم وحده[٥]. أي إن محمداً يضمِّن المتسبب، وأبا حنيفة يضمِّن المباشر.

ومن أمثلة **الصورة الثانية أي الإخلال بالتزام تعاقدي:** لو دل الوديع السارق على مكان الوديعة، فإنه يضمن لترك الحفظ الواجب عليه بعقد الإيداع[٦].

٢- ضمان المتسبب والمباشر معاً:

إذا اشترك المتسبب والمباشر في إحداث الضرر، وكان لكل واحد منهما دور

---

(١) الكنيف: الكُنَّة تشرع فوق باب الدار.

(٢) المبسوط: ٦/٢٧، مجمع الضمانات: ص١٧٦.

(٣) مجمع الضمانات: ص١٨٠.

(٤) البدائع: ٦/٢٨٣، ٧/١٦٦، مجمع الضمانات: ص٣٥٩، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٠٧، المهذب: ٢/١٧٧، ٣٤٠، المغني: ٩/٢٤٨، الفروق: ٢/٢٠٨.

(٥) جامع الفصولين: ٢/١١٥، مجمع الضمانات: ص١٥٣.

(٦) الأشباه لابن نجيم: ١/١٩٦.

بارز مساوٍ لفعل الآخر بأن يتساوى أثرهما في الفعل، فإنهما يشتركان في الضمان. قال الزيلعي الحنفي: «إن المسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الإتلاف، كما في حفر البئر وإلقاء شخص نفسه فيها، فإن الحفر لا يعمل شيئاً من دون الإلقاء، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده، فيشتركان»[(١)].

ومن أمثلة ذلك: «إذا اشترك اثنان في قيادة دابة: سائق وراكب فوطئت الدابة شيئاً، فإنهما يضمنان، لأن كل ذلك سبب الضمان، فإن السوق متلف، حتى وإن لم يكن على الدابة راكب».

«إذا أمر الراكب إنساناً، فنخس المأمور الدابة، ووطئت إنساناً، كان الضمان عليهما، فالناخس سائق والآمر راكب»[(٢)].

«من أمسك شخصاً ليقتله آخر، فالضمان عليهما معاً عند المالكية كما سبق بيانه» «ومن حفر بئراً فأردى شخص غيره فيها، يقتص من الاثنين معاً عند المالكية، لأن الرأي عندهم أن يقتل المتسبب مع المباشر كالمكره والمستكره»[(٣)]. وقال الشافعية: يقتل القاتل والمردي، دون الممسك والحافر، لما رواه الدارقطني عن الرسول ﷺ أنه قال: «إذا أمسك الرجل الرجل حتى جاء آخر فقتله، قتل القاتل وحبس الممسك»[(٤)].

«إذا حفر رجل بئراً في الطريق، ثم جاء آخر ووسع رأسها، فسقط بها إنسان ومات، كان الضمان عليهما إنصافاً»[(٥)].

والخلاصة: أن الأصل العام هو مسؤولية المباشر في إحداث الضرر، وقد ينفرد المتسبب وحده في المسؤولية إذا كان له الدور الأهم في التعدي، وقد يشترك

---

(١) تبيين الحقائق: ٦/ ١٥٠.

(٢) المرجع السابق، المبسوط: ٢/٢٧ وما بعدها، الدر المختار: ٥/٤٢٨، ٤٤٥.

(٣) الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٤٣، ٢٤٦، القواعد لابن رجب: ص٢٨٧، القوانين الفقهية: ص٣٤٥.

(٤) مغني المحتاج: ٤/٨، المهذب: ٢/ ١٧٦.

(٥) مجمع الضمانات: ص١٨٠.

المباشر والمتسبب في المسؤولية إذا تساوى خطؤهما تقريباً بحيث لو ترك كل واحد منهما على انفراد لأدى إلى النتيجة الحاصلة فعلاً.

حوادث الاصطدام: من المناسب أن نذكر هنا حكم حوادث التصادم كما أبانه فقهاؤنا بالنسبة إلى تصادم الماشيَين أو الراكبين أو الملاحين: إذ قد ينفرد أحدهما بالمسؤولية إذا حدث الاصطدام بتفريط مستقل منه، وقد يشترك المتصادمان في المسؤولية إذا صدر خطأ من كليهما.(١)

أما انفراد أحد المتصادمين في المسؤولية: فذلك كما لو تصادم رجلان أحدهما واقف والآخر ماشٍ، فالضمان على الماشي للواقف لأنه هو المتسبب. ولو تصادمت سفينتان بسبب خطأ ربان إحداهما، كان الضمان عليه؛ وكذا لو كانت سفينة واقفة على شط أو في عُرض البحر، فجاءت سفينة فصدمتها فانكسرت السفينة الواقفة، كان الضمان على صاحب السفينة الجائية إذا لم تكن الواقفة متعدية في وقوفها.

وأما اشتراك المتصادمين في الضمان ففيه اختلاف جزئي في مقدار الضمان: قال الحنفية والحنابلة: إذا اصطدم راكبان أو ماشيان أو راكب وماشٍ فماتا، أو تلف شيء بسبب التصادم، وجب على كل واحد منهما تحمل تبعة الضمان كاملة للآخر، ففي الموت يجب على كل واحد منهما دية الآخر، وفي الإتلاف يجب تعويض الغير، لأن الضرر قد حدث لكل واحد منهما بفعل نفسه وبفعل صاحبه أيضاً. هذا إذا كان التصادم **خطأ** عند الحنفية، فإن كان **عمداً** وجب عندهم تحمل نصف قيمة الضمان.

وقال المالكية والشافعية وزفر من الحنفية: إذا اصطدم فارسان أو ماشيان، أو سفينتان بتفريط من ربانهما بأن قصرا في صيانة آلاتهما، أو قدرا على ضبطهما فلم يضبطا، أو سيرا المركبين في ريح شديدة لا تسير السفن في مثلها، وجب على كل

---

(١) راجع درر الحكام: ٢/ ١١٢، مجمع الضمانات: ص١٥٠، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٩، القوانين الفقهية: ص٣٣٢، الشرح الكبير: ٤/ ٢٤٧، المهذب: ٢/ ١٩٤، غاية المنتهى: ٣/ ٢٨٢.

واحد منهما نصف قيمة ما تلف للآخر، لأن التلف حصل بفعلهما، فينقسم الضمان عليهما ويهدر النصف الآخر بسبب فعل كل واحد في حق نفسه.

فإن حدث التصادم بين السفينتين من دون تفريط، وإنما بقوة قاهرة كريح شديدة ونحوها، فلا ضمان على أحد.

المطلب الثالث : تسلسل الأضرار

إذا ترتب على فعل مؤذٍ ضرر فأكثر، فإنه يسأل المتسبب عن كل الأضرار إذا كان لفعله أثر فيها، أما إن انقطع أثر فعله بتدخل سبب آخر فلا يضمن[(١)].

من أمثلة الحالة الأولى: «ألقى رجل قشراً في الطريق، فزلقت به دابة ضمن إذ لم يؤذن فيه، فيضمن ما تولد منه»[(٢)] «رجل طرح لبناً أو ألقى تراباً كثيراً، فوهن جدار جاره، حتى انهدم الحائط، فإن دخل الوهن في الحائط من ثقله، ضمن»[(٣)].

«إذا ألقى شخص غيره في حوض أو نهر، ومعه دراهم، فسقطت في الحوض، فلو سقطت عند إلقائه، ضمن، لأنه بفعله، لا لو سقطت وقت خروجه عن الماء، لأنه بفعل مالكها» «لو ضرب رجلاً فسقط المضروب مغشياً عليه وسقط منه شيء، يضمن ما معه، وما عليه من مال وثياب؛ لأنه مستهلك»[(٤)].

ومن أمثلة الحالة الثانية: وهو تدخل سبب فاصل بين المتسبب والضرر الثاني فما بعده: «رجل حفر بئراً في الطريق، فجاء رجل، وسقط فتعلق هذا الرجل برجل آخر، وتعلق الثاني بآخر، ووقعوا جميعاً، وماتوا: إن لم يعلم كيف ماتوا، ولم يقع بعضهم على بعض، فدية الأول على الحافر، لأنه ليس لموته سبب سوى الوقوع في البئر، ودية الثاني تكون على الواقع الأول؛ لأن الأول هو الذي دفعه، حيث جرَّه إلى نفسه، ودية الثالث تكون على الثاني لهذا المعنى».

---

(١) المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة لأستاذنا المرحوم محمود شلتوت: ص٢٦.
(٢) مجمع الضمانات: ص١٤٩.
(٣) المرجع السابق: ص١٥٢.
(٤) جامع الفصولين: ٢ س١١٥.

وإن كان قد وقع بعضهم على بعض في البئر ولا يعلم كيف حالهم ففي مقتضى القياس وهو قول محمد: دية الأول تكون على عاقلة الحافر (أي أسرته) ودية الثاني على عاقلة الأول، ودية الثالث على عاقلة الثاني وقيل في ذلك قول آخر...[(١)]».

مقارنة: ينص القانون المدني على ما يأتي: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض»[(٢)] يفهم من هذه المادة أن المسؤولية التقصيرية لها أركان ثلاثة: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وكذلك المسؤولية العقدية كالمسؤولية التقصيرية تقوم على أركان ثلاثة: الخطأ العقدي، الضرر، علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر[(٣)]. وهذه هي نفس العناصر التي يقوم عليها الضمان في الفقه الإسلامي كما أوضحنا.

إلا أن الركن الأول - وهو الخطأ: يقوم قانوناً على ركنين: ركن مادي وهو الانحراف أو التعدي، أو مخالفة واجب قانوني، وركن معنوي وهو الإدراك أو التمييز.

أما الركن المادي وهو التعدي: فيتفق في شأنه القانون والفقه الإسلامي، فهو قانوناً إخلال بالتزام قانوني، أو عقدي، وفقهاً: هو العمل من دون حق ولا إباحة شرعية. ويتفق الفقه الإسلامي والقانون في الجملة على حالات لا يعد فيها التعدي خطأ: وهي الدفاع الشرعي[(٤)] وحالة الضرورة[(٥)]، وتنفيذ أمر صادر من

---

(١) مجمع الضمانات: ص١٨٠.

(٢) المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري، المادة ١٦٤ من القانون المدني السوري.

(٣) الوسيط للدكتور السنهوري: ص٦٥٥، ٧٧٥، ط١٩٥٢ مصادر الحق للسنهوري أيضاً: ص١٢٠، ط١٩٥٩ موجز النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي: ص٤٤٩ ط١٩٥٥.

(٤) نص القانون المدني هو «من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير، أو ماله، كان غير مسؤول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض يراعي فيه مقتضيات العدالة» (م ١٦٦ مدني مصري، م ١٦٧ مدني سوري).

(٥) النص القانوني هو «من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر، محدقاً به، أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً» (م ١٦٨ مدني مصري، م١٦٩ مدني سوري).

الرئيس[١] إلا أنه شرعاً يجب في الحالة الأخيرة أن يكون الأمر مشروعاً أي بحق، وأن يكون للآمر سلطة على المأمور. ويتفقان أيضاً في عدم وجود المسؤولية المدنية أي الضمان في حالتي الدفاع الشرعي، وتنفيذ الأمر الصادر من الرئيس، وفي أن حالة الضرورة لا تمنع المسؤولية عن التعويض.

وأما الركن المعنوي أي الإدراك[٢] الذي بمقتضاه لا يسأل غير المميز قبل سن السابعة، ولا المجنون والمعتوه والسكران باختياره، فإن الفقه الإسلامي والقانون المدني المعمول به في مصر وسورية حالياً يختلفان في شأنه، فهؤلاء غير مسؤولين قانوناً، إلا أنهم شرعاً يحكم عليهم بالضمان أي يسألون مدنياً لا جنائياً حفاظاً على أموال الناس، ويتعلق الالتزام بالنسبة إلى الصبي والمجنون ونحوه بمالهما أو بذمتهما، والذي يتولى أداء التعويض هو الولي، أو هما بعد الإفاقة أو البلوغ، وليس ذلك من باب الخطاب التكليفي في شيء، بل من قبيل الخطاب الوضعي، أي إن الضمانات مسببات ترتب على أسبابها، كما يتعلق الضمان ببعض أفعال البهائم، فالتضمين ليس جزاء فعل، وإنما هو بدل مال، ففي تشريعه إحياء حقوق الآخرين في أموالهم. وأما السكران فيسأل مدنياً وجنائياً، لأن السكر لا يعدم العقل، وإنما يزيل قدرة فهم الخطاب التكليفي بسبب هو معصية، فيجعل ذلك في حكم الموجود فعلاً زجراً له، وعقوبة على سكره[٣].

وهذا الاتجاه يتلاءم مع النظرية المادية في المسؤولية التقصيرية، التي تبني المسؤولية على أساس تحمل التبعة لا على الخطأ، ومن ثَمَّ يسأل عديم التمييز

---

(١) نص القانون على ما يأتي: «لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة» (م ١٦٧ مدني مصري، م ١٦٨ مدني سوري).

(٢) نصت المادة ١٦٤: ١ مدني مصري، ١٦٥: ١ مدني سوري على ما يأتي: «يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز».

(٣) انظر عوارض الأهلية في كتب أصول الفقه، وراجع كتابنا الوسيط في أصول الفقه الإسلامي: ص١٥٧، ١٦٦ وما بعدها، ١٧٨.

لإحداثه الضرر؛ وإن لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ، إلا أن الفقه والقانون يقتربان حينما يقرر القانون أن المضرور من فعل عديم التمييز يستطيع الرجوع على من تجب عليه رقابة عديم التمييز. إذ يكون هذا الرقيب مسؤولاً عن خطئه في مراقبة عديم التمييز. فإن لم يوجد من هو مسؤول عنه، أو أثبت المسؤول عدم استطاعته منع وقوع الفعل الضار، يمكن الرجوع على غير المميز على أساس فكرة تحمل التبعة لا على أساس الخطأ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة **١٦٤** مصري، **١٦٥** سوري على هذا فقالت: «ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعياً في ذلك مركز الخصوم» ويظهر من ذلك أن المسؤولية لغير المميز تتميز بأنها مسؤولية مشروطة، ومسؤولية مخففة أي في حدود التعويض العادل(١).

ومع كل هذا فقد وجدنا في فقه المالكية اتجاهاً لبعض فقهائهم يؤيد ما سار عليه القانون من عدم مسؤولية الصبي غير المميز في إتلافه النفس أو المال كالعجماوات(٢).

والخلاصة أن الشريعة تقيم المسؤولية على أساس ركن واحد مادي وهو التعدي أو الخطأ، وأما القانون المطبق حالياً في سورية ومصر فإنه يقيم المسؤولية على أساس ركن مادي وهو التعدي وركن معنوي وهو الإدراك.

وأما إساءة استعمال الحق أو التعسف في استعمال الحق فقد أصبح حديثاً عند القانونيين معتبراً صورة خاصة من صور الخطأ، بعد أن ظل فقه القرن التاسع عشر أمداً طويلاً، لا يعتبر التعسف في استعمال الحق خطأ، حسب نظرية الحقوق الفردية عند جان جاك روسو، ومقتضاها أن الطبيعة قد منحت الإنسان عدداً من الحقوق والحريات، أي إن الحق سلطة مطلقة لا يجوز تقييدها.

---

(١) انظر الوسيط للسنهوري: ص٧٩٧ وما بعدها، النظرية العامة للالتزام لأستاذنا الدكتور حجازي: ص٤٥٧ وما بعدها.

(٢) القوانين الفقهية: ص٣٣٣.

أما الآن فقد تغير تصوير الحق، إذ أصبح عبارة عن قيمة اجتماعية، فإذا تعسف الشخص في استعماله لحقه، وجب أن يلتزم بإصلاح الضرر الناجم من استعماله حقه استعمالاً تعسفياً. وأما الأحوال التي يعدّ الشخص فيها مسؤولاً إذا تعسف في استعماله حقه، فقد ترددت بين نظريتين: نظرية مضيقة، ونظرية موسعة، أما الأولى فمقتضاها أن التعسف في استعمال الحق هو استعمال بقصد سيّئ أو شرير، أي إن مناط التعسف هو قصد الإضرار، وأما الثانية فمقتضاها عند جوسران: أن التعسف يكون إذا كان هناك انحراف بالحق عن غرضه الاجتماعي، وعند مازو ولالو: أن التعسف هو خطأ في استعمال الحق، سواء أكان ذلك بإهمال أم بنية الإضرار.

وأما موقف القانون المدني فإنه قصر التعسف على حالات الاستعمال غير المشروع وهي ثلاث[١].

١- إذا لم يقصد باستعمال الحق سوى الإضرار بالغير.

٢- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية لا تتناسب ألبتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

٣- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

وعلى هذا فإن استعمال الشخص لحقه لا يكون تعسفياً ومن ثمّ خطأً تترتب عليه مسؤولية صاحب الحق إلا إذا قصد به الإضرار بالغير، أو ترجح الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً أو تحققت مصلحة غير مشروعة. ومعيار الخطأ في التعسف هو معيار موضوعي وهو الانحراف عن سلوك الشخص العادي، والأساس القانوني لنظرية التعسف ليس إلا المسؤولية التقصيرية، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض، ويطبق في شأن جزاء التعسف قواعد المسؤولية التقصيرية، هذا الجزاء قد يكون نقدياً وقد يكون عينياً[٢].

---

(١) نصت المادة /٤/ مدني مصري، /٥/ مدني سوري على ما يلي: «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر» ثم أردفت المادة التالية ذكر أحوال الاستعمال غير المشروع التي بيناها.

(٢) الوسيط للدكتور السنهوري: ص٨٣٤ وما بعدها، موجز النظرية العامة للالتزام للدكتور حجازي: ص٤٦١ وما بعدها.

وقد سبق الفقه الإسلامي كما أوضحنا إلى معرفة نظرية التعسف في استعمال الحق في حدود معقولة، أخذ بها القانون المدني في مصر وسورية، وفقاً لما قرره الحنابلة والمالكية استدلالاً بحديث «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» الذي يقضي بمنع الضرر في حالتين:

الأولى - استعمال الحق بقصد الإضرار.

الثانية - أن يترتب على استعمال الحق المشروع إضرار الآخرين، سواء أكان الاستعمال على وجه معتاد أم على غير الوجه المعتاد.

وفي كلتا الحالتين توجب قواعد الإسلام إزالة الضرر عيناً، سواء أكان مادياً أم معنوياً، لأن الراجح كما سنبين في بحث محل الضمان أن المنافع أموال متقومة، فإن تعذر ذلك، يجب الحكم بتعويض مالي عادل لرفع آثار الضرر ومنع بقائه أو تجدده في المستقبل. والحالة الأولى في القانون، والحالة الثانية هنا تقابل الحالة الثانية في القانون وتتفق مع ما أخذت به المجلة ويقتضيه الاستحسان الفقهي. وأما الحالة الثالثة في القانون فهي مستمدة من مجموع ما تقرره المذاهب الإسلامية وتقتضيه روح التشريع الإسلامي في محاربة الأعمال غير المشروعة، وأنه يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام، ونحو ذلك من كل ما يجعل للحق صفة اجتماعية في الإسلام.

وأما الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية وهو الضرر: فإن الفقه الإسلامي والقانون المدني يتفقان على وجوب تعويض الضرر المادي بمختلف أشكاله إذا كان ضرراً محققاً، سواء أكان يسيراً أم فاحشاً، قولاً أم فعلاً، سلبياً أم إيجابياً، إلا أنهما يختلفان في تعويض الضرر عن إتلاف الأموال غير المتقومة شرعاً كالخمور والخنازير وآلات الملاهي وكتب الضلال، فلا تضمن هذه الأموال شرعاً كما سنبين في شروط الضمان ولكنها تضمن قانوناً.

وأما الضرر الأدبي أو المعنوي (وهو الذي قد يصيب الجسم، فيحدث تشويهاً فيه فيتألم الشخص لذلك، أو قد يصيب الشخص في شرفه أو في اعتباره أو في

عرضه أو في عاطفته، وبالجملة فهو عبارة عن الألم والحزن الذي يصيب الإنسان)[١] فلا ضمان له في الأصل عند جمهور فقهاء الإسلام، لأن الضمان مال، والضرر الأدبي لا يمكن تقويمه بالمال[٢] فلا يضمن لدى فقهائنا.

إلا أن بعض الفقهاء - كما بيّنا سابقاً - قال بلزوم التعويض عن الضرر الأدبي، وهذا الرأي هو المتفق في تقديرنا مع الروح العامة للنصوص الشرعية التي تمنع الضرر بجميع أنواعه وترمم آثاره، وتساير المصالح حسب كل زمان ومكان، بل إن جمهور الفقهاء يقررون عقاباً جنائياً وهو التعزير على أنواع الضرر الأدبي، وللقاضي كما عرفنا أن يحكم بالتعزير بالعقوبات أو الغرامات المالية على ما يقتضيه التحقيق العلمي في أحكام فقه المذاهب الإسلامية[٣].

وأما الركن الثالث للمسؤولية وهو علاقة السببية بين الخطأ والضرر أو علاقة التعدي بالضرر كما يفهم من كلام فقهاء الإسلام، فإن الفقه والقانون يلتقيان - في الجملة - في النتائج المترتبة على وجود هذه العلاقة إذ هي تعني عند القانونيين: أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، والضرر الذي أصاب المضرور[٤] ويسأل الشخص قانوناً عن الأضرار المباشرة، وغير المباشرة المتصلة بالخطأ اتصالاً واضحاً.

وأما الفقهاء المسلمون فيقررون أنه لا بد في الضمان من أن يكون الضرر مرتبطاً بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب. ويسأل الشخص شرعاً عن الأضرار المباشرة التي يلحقها بغيره، وكذا عن الأضرار التي يكون متسبباً في إحداثها مباشرة، والأصل العام هو مسؤولية المباشر، لكن قد ينفرد المتسبب بالضمان، وقد يشترك هو مع المباشر، ولا ضمان في غير المباشرة والتسبب[٥].

---

(١) انظر الوسيط للسنهوري: ص٨٦٤، النظرية العامة للالتزام للدكتور حجازي: ص٤٧٤.
(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور المحمصاني: ١/ ١٧١.
(٣) انظر الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم: ص٢٦٦ وما بعدها، ط السنة المحمدية.
(٤) الوسيط للسنهوري: ص٨٧٢.
(٥) النظرية العامة للموجبات للمحمصاني: ١/ ١٨٠.

ويتفق القانون وفقه الإسلام في الأحوال التي تنتفي أو تنعدم فيها السببية وهي قيام السبب الأجنبي لقوة قاهرة، أو خطأ المضرور أو خطأ الغير[١].

وفي حال تعدد الأسباب ووحدة الضرر يتفق جمهور الفقهاء مع ما تقرره نظرية السبب المنتج ومقتضاها الاعتداد في المسؤولية المدنية بالسبب الأقوى أو السبب الذي يؤدي عادة إلى إحداث الضرر. ويتفق مقتضى الاستحسان عند الحنفية مع ما تقرره نظرية تكافؤ الأسباب التي ترى الأسباب كلها متكافئة في إحداث الضرر بحيث لا يغلب سبب على آخر، ولا تخفف المسؤولية بسبب تدخل أسباب أخرى[٢].

هذا بالنسبة للمسؤولية المدنية، أما بالنسبة للمسؤولية الجنائية فإن رأي المالكية في قتل الجماعة بالواحد أو التمالؤ على القتل يتفق مع ما جرى عليه القانون الجنائي في معاقبة الشريك كالفاعل الأصيل، وهذا ما يعرف بالاشتراك الجرمي الذي يتم بإحدى صور ثلاث: هي التحريض والاتفاق والمساعدة[٣]، ولكن بشرط

---

(١) تنص المادة ١٦٥ من القانون المدني المصري والمادة ١٦٦ من القانون المدني السوري على أنه: «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوى قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك».

(٢) يلاحظ أن النظرية الثانية أقل عدالة من النظرية الأولى، مما يقتضي العدول عنها جزئياً، وإن كان الفقه القانوني يميل إليها نظرياً لبساطتها (انظر الوسيط للسنهوري: ص٩٠٤ وما بعدها، نظرية الالتزام لحجازي: ص٤٨٣ وما بعدها).

(٣) نصت المادة ٤٠ من قانون العقوبات المصري على جريمة الاشتراك فقالت: «يعد شريكاً في الجريمة:

أولاً: كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الفعل وقع بناء على هذا التحريض.

ثانياً: من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوقعت بناء على هذا الاتفاق.

ثالثاً: من أعطى الفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها.

ونصت المادة ٢١٢ من قانون العقوبات السوري على ما يأتي: «كل شريك في الجريمة عرضة للعقوبة المعينة لها في القانون».

تحقق رابطة السببية المباشرة أي صلة السبب بالنتيجة. بمعنى أنه يجب أن يكون وقوع الجريمة قد جاء نتيجةً للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة[١]. والشريعة الإسلامية تشترط أيضاً لمسؤولية الجاني عن القتل أن يكون بين فعله وبين الموت رابطة السببية المذكورة[٢].

كذلك يتفق القانون الجنائي في تجريم أعمال الشريك مع ما قرره المالكية والحنابلة في رواية عن أحمد من مسؤولية كل من الممسك والمباشر لجريمة القتل.

ويتفق الفقه الإسلامي والقانون الجنائي أيضاً في تجريم شاهد الزور كما بينا فيمن رجع عن شهادته، فقد نصت المادة (٢٩٥) عقوبات مصري على الحكم بالإعدام على شاهد الزور إذا نفذ الحكم بالإعدام على المشهود عليه، ونصت المادة (٣٩٨/ ٣) عقوبات سوري في هذه الحالة على سجنه عشر سنوات أو خمسة عشر سنة مع الأشغال الشاقة.

وإذا تسلسلت الأضرار: يسأل الشخص شرعاً عن كل ضرر كان لفعله أثر فيه دون تدخل شيء آخر، وهذا هو معنى قول القانونيين: إن من يرتكب خطأ يسأل عن جميع الأضرار المباشرة الناشئة من ذلك الخطأ، فلا يسأل إذن عن الضرر غير المباشر. والضرر المباشر: هو الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ، وهو الضرر الذي لم يكن في استطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

ويلاحظ التمييز بين تعدد الأسباب وتسلسل النتائج، ففي الحالة الأولى: الضرر واحد لم يتعاقب، والأسباب هي التي تعاقبت فتعددت، وفي الحالة الثانية: السبب واحد لم يتعدد، والأضرار هي التي تعاقبت عن هذا السبب الواحد، فصارت أضراراً متعددة[٣].

---

(١) راجع موجز القانون الجنائي لأستاذنا الدكتور علي راشد: ص٢١٥-٢٣١ ط١٩٥٣، مبادئ قانون العقوبات للدكتور محمد فاضل: ص٣٥١ وما بعدها، ط١٩٦٣.
(٢) التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة: ٢/ ٥١.
(٣) الوسيط للسنهوري: ص٩٠٨ وما بعدها، حجازي: ص٤٨٥ وما بعدها.

المبحث الثالث : شرائط الضمان

للشريعة الإسلامية نظرة دينية معروفة إلى المعاملات المدنية التي تتخذ منها مؤيداً لاحترام أحكامها العامة، وضامناً لتنفيذ سياستها التشريعية في الإصلاح والمحافظة على مصالح الناس، ومن خلال تلك النظرة وبراعمها المتفتحة، نجد عناية خاصة بناحية واقعية في الحياة العملية وهي مسألة الضمانات، التي يشترط لوجوبها بسبب الإتلاف وتحقق الضرر شرائط، حتى إذا فقدت أو فقد بعضها لم يجب الضمان وهي ما يأتي[(١)].

١- أن يكون الشيء المتلف مالاً[(٢)]، فلا ضمان بإتلاف الميتة وجلدها، والدم والتراب العادي، والكلب والسرجين النجس، ونحو ذلك مما ليس بمال عرفاً وشرعاً.

٢- أن يكون متقوماً بالنسبة للمتلف عليه، والمتقوم: هو ما يباح الانتفاع به شرعاً في غير حال الاضطرار[(٣)]، فلا ضمان بإتلاف خمر أو خنزير لمسلم، سواء أكان المتلف مسلماً أم ذمياً أي (معاهداً من غير المسلمين بأن يقيم إقامة دائمة مع المسلمين)، وذلك لعدم تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم، إذ لا يباح له الانتفاع بهما شرعاً، فلا قيمة لهما[(٤)].

---

(١) المبسوط: ١١/ ٥٣، البدائع: ٧/ ١٦٧ وما بعدها، درر الحكام: ٢/ ٢٦٨، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٢٣٣-٢٣٧، اللباب شرح الكتاب: ٢/ ١٩٥، فتح القدير: ٧/ ٣٩٧، كشاف القناع: ٤/ ٩٧، نهاية المحتاج: ٤/ ١١١، مغني المحتاج: ٢/ ٢٧٧.

(٢) المال عند الحنفية: ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، أو بعبارة أدق: كل عين ذات قيمة مادية بين الناس، وعند جمهور الفقهاء: المال: ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من طريق مباح. وبعبارة أخرى: هو ما أمكن حيازته مما ينتفع به حقيقة ويباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق (رد المحتار: ٤/ ٣، شرح مرشد الحيران للأبياني والسنجقلي: ١/ ٢، المدخل لنظرية الالتزام للزرقاء: ص١١٤ وما بعدها، والموافقات للشاطبي ٢/ ١٧).

(٣) شرح مرشد الحيران، المكان السابق.

(٤) قال البغدادي في مجمع الضمانات ص٤٥٧: يضمن المسلم للمسلم في أربعة أشياء: إذا غصب منه شيئاً فنقص في يده، الثاني: الزيت أو السمن إذا وقعت فيه فأرة ثم أراقها مسلم على مسلم، يضمن له قيمته، الثالث: الكلب المعلم أو البازي المعلم أو الفهد المعلم إذا أتلفه يضمن عندنا، الرابع: السرقين إذا أحرقه أو ألقاه في أرضه.

أما إذا كانت الخمور والخنازير لغير مسلم أي لذمي، فأتلفها له مسلم أو غيره، ضمن له قيمتها إذا كان مسلماً، ومثلها إذا كان غير مسلم عند الحنفية والمالكية[١]، لتعديه عليه، ولأنها مال محترم عند غير المسلمين يتمولونها، بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه أن عامله كتب إليه: «إن أهل الذمة يمرون بالعاشر[٢] ومعهم الخمور» فكتب إليه عمر: «ولوهم بيعها، وخذوا منها عشر أثمانها» فقد جعلها مالاً متقوماً، وإذا كانت مالاً، وجب ضمانها كسائر أموالهم. ثم إن الخمر كانت مالاً متقوماً في الشرائع السابقة، وقد أمرنا - نحن المسلمين - بتركهم (أي غير المسلمين) وما يدينون[٣]. وهذه نظرة عدل سديدة تتفق مع احترام العهود لغير المسلمين، وأما كون الخمر ونحوها غير متقومة فهذا بالنسبة إلى المسلم فقط.

وقال الشافعية والحنابلة: لا يجب ضمان الخمر والخنزير، سواء أكان متلفه مسلماً أم ذمياً لمسلم أو ذمي، إذ لا قيمة لها كالدم والميتة وسائر الأعيان النجسة، وما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل عنه، بدليل أن الرسول ﷺ حرم بيعها وأمر بإراقتها، فما لا يحل بيعه ولا تملكه، فلا ضمان فيه. وتحريم البيع ثابت بحديث جابر رضي الله عنه أنه سمع من رسول الله ﷺ يقول عام الفتح: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»[٤]، ثم إن الخمر ونحوها محرمة العين، ولا ضمان بإتلافها لمسلم، فكذلك الذي مثله[٥]، أي فكأن هؤلاء يرون هذا التحريم من قواعد النظام العام.

ويترتب على اشتراط تقوم المتلفات أيضاً أنه لا ضمان عند جمهور الفقهاء بإتلاف الأصنام وآلات اللهو والفساد كالطبل والمزمار والدف ونحوها من أدوات

---

(١) البدائع: ٧/ ١٤٧، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٢٠٤ ط البابي الحلبي، المحلى: ٨ مسألة ١٢٦٦.

(٢) العاشر: هو من يأخذ عشر البضائع المارة بالبلاد الإسلامية مثل موظف الجمرك الآن.

(٣) روي عن سيدنا علي أنه قال: «أمرنا بتركهم وما يدينون».

(٤) أخرجه البخاري ومسلم، وهو حديث متفق على صحته.

(٥) مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٥، فتح العزيز شرح الوجيز: ١١/ ٢٥٨، المغني ٥/ ٢٧٦ الطبعة الثالثة، الإفصاح: ص٢٢١، المحلى، المكان السابق، الميزان للشعراني: ٢/ ٩٠، المهذب ١/ ٣٧٤.

الموسيقا، لعدم تقومها، إذ إن منفعتها محرمة لا تقابل بشيء، لأنها أدوات لهو، فلا قيمة لها بدليل الحديث السابق: «إنّ الله تعالى حرم بيع الأصنام»، وما لا قيمة له لا يضمن، لذا شرط هؤلاء الفقهاء أن يكون المال مباحاً.

وقال أبو حنيفة والشافعي: تضمن باعتبارها خشباً منحوتاً مثلاً؛ لأن هذه الآلات كما تصلح للهو والفساد، تصلح للانتفاع بها من وجه آخر، فكانت مالاً متقوماً من تلك الناحية فقط[١].

ولا ضمان كذلك بإتلاف الأموال المباحة التي ليست مملوكة لأحد لعدم تقومها، إذ التقوم ينبني على كون الشيء عزيز المنال، خطير الأهمية، وهذا المعنى لا يتحقق إلا بالإحراز والاستيلاء.

ولا ضمان أيضاً بتحريق كتب الفسق والضلال، لاشتمالها على الكذب ولإلحاقها ضرراً كبيراً بعقيدة الأمة ووحدتها، فيجب إتلافها وإعدامها وهي أولى بذلك من إتلاف آلات اللهو والمعازف وإتلاف آنية الخمر الذي أمر به رسول الإسلام[٢]، فإن ضررها أعظم من ضرر هذه، ولا ضمان فيها، كما لا ضمان في كسر أواني الخمر وشق زقاقها أي ظروفها وأوعيتها، وقد حرّق الصحابة جميع المصاحف المخالفة للمصحف الموحد الخط: وهو مصحف عثمان، لما خافوا على الأمة من الاختلاف في التلاوة، لاختلاف اللهجات وطرائق النطق[٣].

٣- أن يكون التلف أو الضرر محققاً بشكل دائم، فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها، فلا ضمان، كأن عولج المرض أو نبتت سن الحيوان في المدة التي بقي فيها الشيء المغصوب في يد الغاصب، لأن النقص الحاصل عندما أزيل أو السن لما نبتت ثانياً، جعل الضرر كأن لم يكن، ويرد على الغاصب أو المعتدي

---

(١) البدائع ١٦٨/٧، مغني المحتاج، المكان السابق، المحلي على المنهاج: ٣٣/٣، المهذب، المكان السابق، الإفصاح، المكان السابق، كشاف القناع: ٩٨/٤، المغني: ص٢٧٨، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ص٢٧١ وما بعدها.

(٢) انظر نيل الأوطار: ٣٢٩/٥ وما بعدها.

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم: ص٢٧٥ وما بعدها، مطبعة السنة المحمدية.

ما أخذ منه بسبب النقصان، لأنه تبين أن ذلك النقصان لم يكن موجباً للضمان لعدم تحقق شرط الوجوب: وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام على حد تعبير الكاساني، وهذا عند أبي حنيفة. وقال الصاحبان: على الجاني الأرش كاملاً: لأن الجناية وقعت موجبة له، والذي نبت نعمة جديدة من الله[١].

٤- أن يكون المتلف أهلاً لوجوب الضمان، فلا يضمن المالك ما تتلفه بهيمته من الأموال، لأن فعل العجماء جُبَار أي هدَر، وسنذكر اختلاف الفقهاء في ذلك. ولا يشترط التمييز لإيجاب الضمان، نصت المادة (٩١٦) من المجلة على ما يأتي: «إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره، ولا يضمن وليه».

٥- أن يكون في إيجاب الضمان فائدة، حتى يتمكن صاحب الحق من الوصول إلى حقه، فإن لم يكن في التضمين فائدة فلا ضمان. وعلى هذا فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي[٢]، ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم في دار الحرب، إذ ليس لحاكم بلد سلطة أو ولاية لتنفيذ الأحكام على رعايا بلد آخر، وليس مال الحربي بالنسبة للمسلم وعكسه محترماً، أي مصوناً يجب الحفاظ عليه وإنما هو هدر. لهذا شرط الفقهاء في الضمان أن يكون المال محترماً، فمال الحربي في نظر الشرع مباح، فمن أخذه لا يعد غاصباً[٣].

وكذا لا ضمان على العادل إذا أتلف مال الباغي[٤]، ولا على الباغي إذا أتلف مال العادل؛ لأنه لا فائدة في التضمين، لعدم إمكان الوصول إلى الضمان لعدم وجود الولاية والسلطة.

وأضاف الشافعية على هذه الشروط أن تثبت اليد على المال: فلا يضمن

---

(١) البدائع: ٧/ ١٥٥و ١٥٧. تبيين الحقائق: ٦/ ١٣٧، كتاب القدوري وشرحه: ٣/ ١٩٠.

(٢) الحربي: هو من بيننا وبين بلاده عداوة وحرب.

(٣) انظر نهاية المحتاج للرملي: ٤/ ١١١.

(٤) العادل ضد الباغي، وجمعه بغاة، والبغاة: قوم كالخوارج لهم شوكة ومنعة، خالفوا جماعة المسلمين في بعض الأحكام الشرعية بتأويل فاسد لبعض النصوص، وظهروا على بلدة من البلاد، ونظموا عسكراً لهم ونفذوا أحكامهم الخاصة.

الشخص طائراً فزع من مسيره من غير قصد، فخرج من القفص الذي كان مفتوحاً، ولا يضمن المشتري مبيعاً تلف قبل القبض[١]. وسنذكر في أسباب الضمان شروط الإتلاف تسبباً.

هذا... ولا يشترط في الضامن كونه بالغاً عاقلاً، فإن الصبي والمجنون يضمنان ما يتلفانه من أموال، كما ذكرنا سابقاً.

ولا تكون حالة الضرورة سبباً للإعفاء من الضمان، فمن اضطر حال الجوع مثلاً لتناول مال الغير، فإنه يلزمه ضمانه، بالرغم من إباحة التناول حفاظاً على النفس من الهلاك.

ولا يعتبر الجهل بكون المال المتلف مال الغير، فالعلم بذلك ليس بشرط لوجوب الضمان، فمن أتلف مالاً ظاناً أنه ملكه، ثم تبين أنه مملوك لغيره، ضمنه، لأن الإتلاف واقعة مادية، لا يتوقف وجودها على العلم بكون المتلف مال الغير، كل ما في الأمر أن الإتلاف إذا تم مع العلم، فإنه يستوجب الضمان والإثم الأخروي، وإذا حدث جهلاً فإنّه يستوجب الضمان فقط، ويرتفع الإثم لأن الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعاً، لقوله ﷺ: «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه»[٢].

المبحث الرابع: أسباب التضمين الشرعية أو مصادر الضمان

يتبين مما ذكر الفقهاء في الفقه العام أن أسباب الضمان ثلاثة: عقد، ويد، وإتلاف، وبعبارة أخرى: العقد، ووضع اليد، سواء أكانت اليد عادية أي معتدية غير مؤتمنة، أم ليست بعادية، والإتلاف مباشرة (أي العدوان) أو تسبباً[٣].

---

(١) نهاية المحتاج: ٤/ ١١٣.

(٢) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) راجع المبسوط: ١١/ ٥٤، البدائع: ٧/ ١٦٤، بداية المجتهد: ٢/ ٣١١، القوانين الفقهية: ص٣٣٥، الفروق للقرافي: ٢/ ٢٠٦ وما بعدها، ٤/ ٢٧، تهذيب الفروق بهامشه: ٢/ ٢٠٣ وما بعدها، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: ٢/ ١٣١ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٢٧٨، الوجيز وشرحه فتح العزيز بهامش المجموع: ١١/ ٢٣٩ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص٢٠٤، ٥٥ وما بعدها.

١- **أما العقد:** فهو مصدر للضمان إذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط، أو كان الشرط مفهوماً ضمناً حسب العرف والعادة، ثم أدخل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط، فلم يقم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه. قال السيوطي: ما يضمن ضمان عقد قطعاً: هو ما عين في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح[١]، فمقتضى عقد البيع مثلاً تسليم المبيع والثمن، وسلامة العوضين من العيب، وعدم استحقاق أحدهما لغير صاحبه، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تبين وجود عيب في المبيع، أو كان الثمن أو المبيع مستحقاً لغير من سلمه، كانت المسؤولية عقدية مستوجبة للضمان لخطأ عقدي.

وأساس الالتزام بتنفيذ مقتضى العقد وشروطه والمسؤولية في الإخلال بها قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ٥/١]. وقول الرسول ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»[٢]. ومن قواعد فقهاء الحنفية والمالكية: «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان» (م: ٨٣) للحديث السابق، والمراد بالشرط هنا الشرط التقييدي لا التعليقي، فيجب تنفيذه إذا كان ذلك مفيداً، مثلاً: إذا شرط المودع على الوديع حفظ الوديعة في مكان معين كدار أو بيت أو صندوق، فنقلها الوديع إلى مكان آخر من دون عذر، فإن كان المكان الثاني مثل الأول في درجة الحفظ أو أحفظ منه، ثم تلفت الوديعة أو سرقت، فلا يضمن الوديع، لأن التقييد بالمكان الأول غير مفيد[٣].

وقال الشافعية والحنابلة في الأرجح عندهم: يجب مراعاة الشرط متى أمكن وإن لم يكن التقييد مفيداً، ففي المثال المذكور: يضمن الوديع مثل الوديعة أو

(١) الأشباه والنظائر: ص٢٧٧.

(٢) أخرجه الترمذي عن عمرو بن عوف وقال: هذا حديث حسن صحيح، وأخرجه أيضاً الحاكم وابن حبان.

(٣) المبسوط: ١١/١٢١، البدائع ٦/٢١٠، تكملة فتح القدير: ٧/٩٧، مجمع الضمانات: ص٦٩ وما بعدها، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٣/٤٢٣.

قيمتها، سواء نقلها إلى مكان مماثل في الحفظ أو دونه أو أعلى منه، لأنه خالف المودع لغير فائدة ولا مصلحة، ولا تجوز مخالفته لغير ضرورة[١].

وأما أساس تنفيذ الشرط المتعارف عليه والمسؤولية في الإخلال به، فهو ما قرره الفقهاء من قواعد، منها: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» «المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة» «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم». وعلى هذا قالوا: إن العقد المطلق مقيد بالعرف والعادة ضمناً، كما يتقيد نصاً، فإذا استعار إنسان سيارة أو دابة، فلا يجوز له أن يحملها فوق المعتاد لمثلها، ولا يستعملها بعمل دائم ليلاً ونهاراً ما لا يستعمل مثلها من السيارات والدواب[٢].

والضمان الناشئ عن العقد إما أن يكون مطلقاً في جميع الحالات سواء أكان هناك تعدٍ أو تقصير أم لا، وهذه هي عقود الضمان كالبيع ونحوه، وإما أن يكون حال العدوان فقط، وهذه هي عقود الأمانة كالوديعة ونحوها، وإما أن يكون في بعض الحالات أو الأوجه، وهذه هي العقود المزدوجة الأثر كالإجارة، وقد خصصنا في الفصل الثاني مبحثين للكلام على هذه العقود تفصيلاً.

٢- **وأما وضع اليد:** فهو مصدر للضمان سواء أكانت اليد غير مؤتمنة أم مؤتمنة.

واليد غير المؤتمنة: إما أن تكون بغير إذن المال كيد السارق والغاصب، أو بإذن المالك كيد البائع على المبيع قبل القبض، والمشتري بعد قبض المبيع سواء أكان البيع صحيحاً أم فاسداً، ومقترض الأعيان بعد قبضها، والقابض على سوم الشراء، ومستأجر الدابة المتعدي المخالف للشرط أو للمعتاد، ونحو ذلك، فإن يد هؤلاء يد ضمان يضمنون الشيء مهما كان سبب التلف ولو بآفة سماوية أي بقوة قاهرة.

---

(١) المهذب: ١/ ٣٥٩ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣/ ٨٤ وما بعدها، المغني: ٦/ ٣٨٧ وما بعدها.

(٢) المبسوط: ١١/ ١٤٤، البدائع: ٦/ ٢١٥، تكملة فتح القدير: ٧/ ١٠٧، حاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٢٧، مجمع الضمانات: ص٥٧ وما بعدها.

واليد المؤتمنة: كيد الوديع في الودائع، وعامل المضاربة والمساقاة والأجير الخاص، وكأيدي الأوصياء على أموال اليتامى، والحكام على تلك الأموال وعلى أموال الغائبين والمجانين ونحوهم، فهؤلاء لا يضمنون هلاك الشيء إلا بالتعدي أو بالتقصير، لأن الأيدي هنا مؤتمنة.

هذا وقد ذكر ابن رجب الحنبلي أنواع الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه، فرأينا ذكرها هنا، لأن منها ما هو موجب للضمان، ومنها ما هو غير موجب له، فقال[١]:

الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاث:

١- يد تفيد الملك بالاستيلاء وتنفي الضمان.

٢- يد لا تفيد الملك بالاستيلاء وتنفي الضمان.

٣- يد لا تفيد الملك وتثبت الضمان.

أما **الأولى** فحالاتها هي:

أولاً- استيلاء الحربيين على أموال المسلمين: إذا استولى الأعداء بسبب الحرب على أموال إسلامية فإنهم يتملكونها عند جمهور الفقهاء[٢]، ولا يضمنونها، كما لا يضمنون ما وضعوا أيديهم عليه، ولكنهم لم يحوزوه إلى بلادهم، ولا ما شرد إليهم من دواب المسلمين.

ثانياً- استيلاء الأب على مال الابن: إذا استولى الأب على مال الابن، فلا ضمان عليه، حتى ولو أتلفه على أصح الوجهين عند الحنابلة.

وأما **اليد الثانية** فحالاتها ما يأتي:

أولاً- من له ولاية شرعية على القبض كالأب والوصي عند قبض مال القاصر.

ثانياً- من قبض المال لحفظه للمالك كواجد اللقطة.

---

(١) راجع القواعد: ص٢٠٦ وما بعدها بتصرف كبير.

(٢) خالف في ذلك الشافعية والظاهرية والشيعة الإمامية فقرروا عدم تملك غير المسلم مال المسلم أو الذمي بالحرب (راجع آثار الحرب في الفقه الإسلامي للمؤلف: ص٦١٤ طبعة ثانية، الخلاف في الفقه للطوسي ٢/ ٥٠٢).

ثالثاً- البغاة: وهم الطائفة الممتنعة عن حكم الإمام الحاكم، لا يضمنون في الأصح ما يتلفونه لجماعة المسلمين حال الحرب، وكذلك لا يضمن المسلمون لهم ما يتلفونه لهم حال الحرب أيضاً.

وكذلك المرتدون الذين أعلنوا ردتهم عن الإسلام ولحقوا بالأعداء في دار الحرب، أو اجتمعوا في مكان خاص بهم وكان لهم قوة ومنعة، فإنهم لا يضمنون ما يتلفونه للمسلمين، مثل الحربيين في الأرجح عند الحنابلة.

وأما **اليد الثالثة**: فهي اليد العادية التي يترتب عليها الضمان، كيد الغاصب والسارق ونحوهما.

٣- وأما الإتلاف- فهو سبب لوجوب الضمان إذا توافرت الشروط والأركان التي ذكرناها: لأنه اعتداء وإضرار، وقد قال الله سبحانه: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤] وقال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام».

والإتلاف: هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة[1]. ويرد على النفس الإنسانية والبهائم والجمادات والأشياء. وإتلاف النفس الإنسانية يختص ببحث المسؤولية الجنائية، ونقصر كلامنا هنا على إتلاف الأشياء والبهائم والجمادات.

والإتلاف عند الفقهاء نوعان: إتلاف بالمباشرة، وإتلاف بالتسبب.

فالإتلاف بالمباشرة: هو إتلاف الشيء من دون أن تكون هناك واسطة، أو هو ما أثر في التلف وحصله[2]، أو هو إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله: فاعل مباشر (م ٨٨٧ مجلة) مثل القتل والذبح، والإحراق والإغراق وهدم الدور، وأكل

---

(١) البدائع: ٧/ ١٦٤.

(٢) مذكرات عن المعاملات الشرعية للمرحوم زيد الأبياني: ص١٨٩، التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة: ٢/ ٣٦. وعرف الكاساني في البدائع: ص١٦٥ الإتلاف بالمباشرة بقوله: «إيصال الآلة بمحل التلف» وقال العز بن عبد السلام في قواعده: ٢/ ١٣١: المباشرة هي إيجاد علة الهلاك.

الأطعمة، وتمزيق الثوب، وقطع الشجر، وكسر الإناء، وإتلاف الدراهم والدنانير أو استهلاكها ونحو ذلك.

هذا وقد ذكر شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام صور الإتلاف مباشرة رأينا تلخيصها هنا: لأنه يتبين منها ما هو مشروع أو غير مشروع من الإتلافات، فقال:

الإتلاف أنواع:

أحدها: إتلاف لإصلاح الأجساد وحفظ الأرواح، كإتلاف الأطعمة والأشربة والأدوية، وذبح الحيوان المباح حفظاً للأنفس البشرية، ويلحق به قطع الأعضاء المتأكِّلة حفظاً للنفس، وإفساد هذه الأشياء جائز للإصلاح.

الثاني: إتلاف الدفع وهو أنواع.

١- القتل والقطع والجرح لدفع ضرر الصيال على الأرواح والأبضاع والأموال، أي الدفاع عن النفس والعرض والمال.

٢- قتل الحيوانات المؤذية كالحية والعقرب والسباع والضباع، وهذا واجب عند الإمكان.

٣- قتل الأعداء دفعاً لمفسدة الإضرار والاعتداء على المسلمين.

٤- قتل البغاة دفعاً لبغيهم وخروجهم عن طاعة الحاكم الواحد للجماعة.

٥- إتلاف لدفع المعصية كقتل الظلمة دفعاً لظلمهم وعصيانهم، أو تخريب ديارهم وقطع أشجارهم وقتل دوابهم إذا لم يمكن دفعهم إلا بذلك.

وكذلك تخريب ديار الأعداء المحاربين وقطع أشجارهم وإتلاف ملابسهم وتمزيقها أثناء الحرب، وهو نوع من الجهاد.

٦- إتلاف ما يعصى الله به كالملاهي والأوثان ونحوهما من وسائل الشرك.

٧- إتلاف الزجر، أي العقوبات الشرعية كرمي الزناة أي رجمهم بالحجارة، والقصاص من الجناة، وقطع أيدي السراق والمحاربين زجراً عن السرقة والمحاربة والجناية وصوناً لهم(١).

---

(١) قواعد الأحكام: ٢/ ٧٤.

والإتلاف بالتسبب: هو إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر. أو هو: ما أثر في التلف ولم يحصله[١] أو هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف آخر على جري العادة (م ٨٨٨ مجلة) كحفر البئر في موضع لم يؤذن فيه، كالطرقات العامة، أو في أرض مملوكة من دون ترخيص من السلطة الإدارية المختصة أو لأجل إيقاع الحيوان فيها، وكإيقاد النار قريباً من الزرع، أو البيدر الذي يجمع فيه الحب، وكرمي ما يزلق الناس في الطرقات، فيعطب بسبب ذلك حيوان أو إنسان، وكالكلمة الباطلة عند ظالم إغراء على مال إنسان مما يوجب الضمان على المتكلم كما ذكرنا سابقاً، وكتمزيق الوثائق والسندات المتضمنة لإثبات الحق والاحتجاج بها، وكوضع السم في الطعام، وكترك حيوان معلق بشيء حتى مات، فيضمنه عند المالكية إذا كان قادراً على تخليصه وحيازته لصاحبه؛ لأن صون مال المسلم واجب، ومن ترك واجباً في الصون ضمن، ومثل ذلك أن يمر إنسان بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجحدها، فيجب عليه أخذها، فإن تركها مع قدرته على أخذها ضمنها عند المالكية[٢]. وبهذا يظهر أن التسبب إيجابي وسلبي، وكل منهما موجب للضمان[٣].

والخلاصة أن الضمان بالإتلاف تسبباً أكثر ما يحدث إما فيما يمس حقوق الجوار، وإمّا فيما يمس حقوق الناس عامة في الطرقات.

ففي حقوق الجوار يجب الضمان إذا حدث ضرر بسبب إسالة الماء أو إشعال النار، قال الحنفية: «لو صب شخص الماء في ملكه، وخرج عن صبه ذلك إلى ملك غيره، فأفسد شيئاً، فإذا كان يعلم عند الصب أن الماء يسيل إلى ملك جاره،

---

(١) المرجعان السابقان، وعرف الكاساني الإتلاف تسبباً بأنه «الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة». وقال القرافي: السبب: ما يقال عادة: حصل الهلاك به. والتسبب: ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة (الفروق: ٤/ ٢٧) وقال ابن عبد السلام في قواعده: ٢/ ١٣٢: التسبب إيجاد علة المباشرة.

(٢) راجع الفروق للقرافي: ٢/ ٢٠٦ وما بعدها، ٤ ص ٢٧، القوانين الفقهية: ص٣٣٢، القواعد لابن رجب: ص٢٠٤ وما بعدها، قواعد الأحكام: ٢/ ١٣١ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص١٤٦.

(٣) المسؤولية المدنية والجنائية في الإسلام لأستاذنا محمود شلتوت: ص٢٢.

يكون ضامناً، كما لو صب الماء في ميزابه، وتحت الميزاب متاع غيره، ففسد به، كان ضامناً»[١].

-«لو سقى رجل أرضه، فتعدى إلى أرض جاره، فلو أجرى الماء في أرضه جرياناً لا يستقر في أرضه، والماء يستقر في أرض جاره، ضمن. ولو كان الماء يستقر في أرضه، ثم يتعدى إلى أرض جاره، فلو تقدم[٢] إليه جاره طالباً منه منع الماء بواسطة ممكنة، ولم يفعل ضمن، ولو لم يتقدم، لم يضمن. ولو كانت أرضه صعوداً، وأرض جاره هبوطاً بحيث يعلم أنه لو سقى أرضه نفذ إلى جاره يضمن، ويؤمر بوضع المسنَّاة»[٣].

-«رجل أحرق شوكاً أو تبناً في أرضه، فذهبت الريح بالشرارات إلى أرض جاره، وأحرقت زرعه: إن كانت النار مبعدةً من أرض الجار على وجه لا يصل إليه شرر النار في العادة، فلا ضمان عليه، لأنه حصل بفعل النار، وإنه جُبَار، ولو كانت بقرب من أرضه على وجه يصل إليه شرار النار غالباً، فإنه يضمن، لأن له الإيقاد في ملك نفسه، لكن بشرط السلامة»[٤].

وللانتفاع **فيما يمس حقوق الناس في الطرقات** يشترط شرطان:

أولاً- السلامة يعني عدم الإضرار بالآخرين في الحالات التي يمكن التحرز منها.

ثانياً- الحصول على إذن من ولي الأمر في الجلوس ووضع الأشياء وإحداثها ونحو ذلك، فإن خالف الشخص أحد هذين الشرطين، كان ضامناً أثر فعله الذي تسبب به، كما هو مفهوم من المادتين (٩٢٦، ٩٦٧ من المجلة).

وعلى هذا إذا سقط الحمل الذي يحمله الحمال، فأتلف مال آخر، يكون الحمال ضامناً. إذا وضع إنسان على الطريق العام حجارة أو أدوات عمارة، فعثر به

(١) مجمع الضمانات: ص١٦٢.
(٢) التقدم: هو التنبيه والتوصية أولاً بدفع وإزالة مضرة مظنونة (م ٨٨٩ مجلة).
(٣) جامع الفصولين: ٢/ ١٢٥. والمسنَّاة: حائط يبنى في وجه الماء ويسمى السد.
(٤) المرجع السابق: ص١٢٤.

حيوان وتلف، أو صَبَّ أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن والماء الكثير ونحوهما، فزلق به حيوان وتلف، يضمن. ولو حفر رجل بئراً في سوق العامة أو بنى فيه دكاناً فعطب به شيء: إن فعل ذلك بإذن الحاكم، لا يكون ضامناً، وبغير إذنه، يكون ضامناً[١].

والسبب أنواع ثلاثة[٢]:

١- حسي: كالإكراه فإنه يولد في المستكره داعية العدوان، وكالإمساك للقتل فإنه يساعد على ذلك.

٢- شرعي: كشهادة الزور على القتل أو الإتلاف، فإنها تكون سبباً للقاضي في إصدار الحكم بالإعدام.

٣- ما يولد المباشرة عرفاً: كوضع السم في الطعام، وحفر بئر وتغطيتها في طريق القتيل.

مذاهب الفقهاء في الإكراه: الإكراه: حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته، لو ترك ونفسه. وهو نوعان: ملجئ أو تام إذا سلبت فيه الإرادة والاختيار، وغير ملجئ أو ناقص إذا أعدم الرضا فقط دون الاختيار، وكل منهما إما أن يقع على أمر من الأمور الحسية كأكل المحرمات من الأطعمة، وإما على أمر من الأمور الشرعية أي التصرفات القولية من إقرار وبيع وطلاق ونحوها. والكلام على الإكراه طويل يحتاج إلى بحث مفصل[٣]، نجتزئ بذكر حالتين من الإكراه على التصرفات الحسية أو الوقائع المادية، نموذجاً للبحث ألا وهما الإكراه على إتلاف المال، والإكراه على القتل باعتبار كل واحد منهما سبباً لذلك.

١- الإكراه على إتلاف المال: إذا أكره شخص غيرَه على إحراق أثاث منزل لآخر مثلاً، فإن كان الإكراه تاماً، فالضمان على المكرِه عند الحنفية والحنابلة وبعض

---

(١) مجمع الضمانات: ص١٨١، جامع الفصولين: ٢/ ١٢٥، المبسوط: ٢٦/ ١٤، ٢٢.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي: ٢/ ٣٦ نقلاً عن مغني المحتاج: ٤/ ٦.

(٣) انظر كتابنا «الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد»: ٢/ ١٩٤ وما بعدها.

الشافعية، لأن المستكرَه مسلوب الإرادة، وما هو إلا آلة للمكرِه، ولا ضمان على الآلة اتفاقاً، والمكرِه هو السبب الجوهري في الضرر.

وقال المالكية والظاهرية وبعض الشافعية: الضمان على المستكرَه لأنه باشر الضرر، وإذا اجتمع سببان من أسباب الضمان كالمباشرة والتسبب، غلبت المباشرة على التسبب، كمن حفر بئراً لإنسان ليقع فيه، فجاءه آخر، فألقاه فيه، فهذا مباشر، والأول متسبب، فالضمان على المباشر دون المتسبب، لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض، إلا أن تكون المباشرة مغمورة أي مغلوبة ضعيفة كما في الإكراه على القتل، فإن القصاص يجب عليهما عند المالكية كما سيأتي.

وقال الشافعية في الأرجح عندهم: الضمان على المكرِه والمستكرَه بالتضامن، لأن الإتلاف صدر من المستكرَه حقيقة، ومن المكرِه بالتسبب، والتسبب في الفعل والمباشرة سواء، ولكن يستقر الضمان في النهاية على المكرِه في الأصح، فهو في النتيجة كالفريق الأول.

وإن كان الإكراه ناقصاً: فالضمان على المستكرَه عند الحنفية والمالكية والظاهرية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة، لأن الإكراه ناقص لا يسلب الاختيار أصلاً، فلم يكن المستكرَه مجرد آلة للمكرِه، فكان الإتلاف من المستكرَه، فوجب الضمان عليه(١). وهذا متمش مع ما قلناه سابقاً بتغليب ماله دور بارز في الضرر.

٢- الإكراه على القتل: اتفق الفقهاء على تأثيم من أكره على القتل، فقتل، واختلفوا في القصاص منه إذا كان الإكراه **تاماً**.

فقال أبو حنيفة ومحمد، وداوود الظاهري، وأحمد في رواية، والشافعي في أحد قوليه: لا قصاص على المستكرَه، وإنّما يقتص من المكرِه ويعزر المستكرَه فقط، لقوله ﷺ: «عفوت عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأن

---

(١) البدائع: ٧/ ١٧٩، ، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٠٢، تبيين الحقائق: ٥/ ١٨٦، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص١٧٩، قواعد الأحكام: ٢/ ١٣٢، الفروق: ٢/ ٢٠٨، بداية المجتهد: ٢/ ٣١١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ٤٤٤، كشاف القناع: ٤/ ٩٨، المحلى: ٨/ ٣٨١ مطبعة الإمام بمصر.

المستكرَه مجرد آلة للمكره، إذ القاتل في المعنى هو المكرِه، وإنما الموجود من المستكرَه صورة القتل، فأشبه المستكرَه الآلة، ولا قصاص على الآلة كما بينا في حالة الإتلاف.

وقال زفر وابن حزم الظاهري: يقتص من المستكرَه، لأن القتل وجد منه حقيقة حساً ومشاهدة، وأما المكرِه فهو متسبب، ولا قصاص بالتسبب عندهم.

وقال أبو يوسف: لا يقتص من المستكره ولا من المكره، لأن المكره ليس بقاتل حقيقة، وإنما هو مسبب للقتل، وإنما القاتل هو المستكره، ولما لم يجب القصاص على المستكره، فلأن لا يجب على المكره أولى، وإنما الواجب عليه فقط هو الدية، ولا يرجع على المستكره بشيء.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يقتص من المكره والمستكره، لأن المستكره وجد منه القتل حقيقة، والمكره متسبب في القتل، والمتسبب كالمباشر كما ثبت شرعاً.

ويظهر أن الرأي الأول هو أرجح الآراء وهو مذهب أبي حنيفة ومن معه.

وأما إن كان الإكراه **ناقصاً** فيجب القصاص على المستكره بلا خلاف. لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار، فلا يمنع وجوب القصاص[1].

والخلاصة أن اختلاف الفقهاء فيما ذكرناه في الإكراه مرجعه اختلافهم في تقدير السبب الفاعل المؤثر أكثر من غيره في إحداث الضرر، مع أنهم متفقون من حيث المبدأ على قاعدة «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر»[2].

شروط الإتلاف مباشرة وتسبباً: اتفق علماء الأصول والفقه على أن **الإتلاف مباشرة:** يكون سبباً للضمان، سواء أكان الإتلاف عمداً أم خطأ أم سهواً، وسواء

---

(١) المراجع السابقة، مختصر الطحاوي: ص٤٠٩ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب: ٤/ ١١٢، مغني المحتاج: ٢/ ٧، ٣/ ٢٨٩، القواعد لابن رجب: ص٢٨٧.

(٢) انظر المبسوط: ١١/ ٥٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٩٦، الفروق: ٢/ ٢٠٨، ٤/ ٢٧، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٤٥، القواعد لابن رجب: ص٢٨٥، المغني: ٥/ ٢٨٠.

أكان المتلف صغيراً أم كبيراً، عالماً بأنه مال غيره، أم جاهلاً، لأن ضمان المتلفات ينظر فيه إلى أنه بدل مال، لا جزاء فعل، حفاظاً على حقوق الناس في أموالهم؛ لأن حرمة المال عظيمة كحرمة النفس.

فلو أتلف إنسان مال غيره سهواً مثلاً أو نائماً أو جاهلاً أنه مال غيره أو ظاناً أنه ماله فهو ضامن له في ماله، وإذا أتلف صغير ولو ابن يوم أو مجنون مالاً لغيره، فهو ضامن، فتدفع قيمته من ماله إن كان له مال، وإلا فيظل الضمان ديناً في ذمته إلى وقت يساره، ولا يكون وليه ضامناً(١).

هذا وقد استثنى الشافعية وغيرهم من ضمان المتلفات حالات تقتضيها الضرورة، أو الدفاع عن النفس، أو تنفيذ أمر الشرع، أو ظرف استثنائي كالحرب وبغي طائفة من المسلمين أو قوة قاهرة(٢). وأمثلة ذلك بالترتيب: كسر الباب ونقب الجدار بالنسبة لمن ظفر بحقه مع مدين مماطل، فله أخذه بكل الوسائل، والوسيلة إلى المباح مباحة(٣).

إذا لم يتمكن المدافع عن نفسه أو ماله أو عرضه من دفع الصائل المعتدي إلا بعقر دابته وكسر سلاحه، فله ذلك(٤).

وإذا لم يتمكن المسلم من إراقة الخمر إلا بكسر آنيتها، فله ذلك تنفيذاً لأمر الشارع بإراقتها وإتلافها.

ما يتلفه الباغي على العادل وعلى العكس حالة الحرب، أو ما يتلفه الحربيون

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٧٨، درر الحكام: ٢/ ٢٧٣، مجمع الضمانات: ص٤٢٣، رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ١٠١، بداية المجتهد: ٢/ ٣١١، تهذيب الفروق: ٢/ ٢٠٣، الفروق: ٤/ ٣١، القوانين الفقهية لابن جزي: ص٣٣٢ ط فاس، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٤٤٣، شرح الرسالة للقيرواني: ٢/ ٢١٨ وما بعدها، كشاف القناع: ٤/ ٩٩، القواعد لابن رجب: ص٢١٨، مذكرة عن المعاملات الشرعية للمرحوم الأستاذ زيد الأبياني: ص١٨٩.

(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٢٧٧، نهاية المحتاج: ٤/ ١١١.

(٣) راجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص١١٨ وما بعدها، ١٨٨.

(٤) المرجع السابق: ص١٤٢ وما بعدها.

للمسلمين ونحو ذلك، لا ضمان له، كما أشرنا سابقاً وكما سيأتي تفصيل الكلام فيه.

لو دخل رجل دكان حداد ولو بإذنه وهو يطرق الحديد، فطارت شرارة، فأحرقت ثيابه، كان ذلك هدراً لا ضمان فيه.

ولو سخر دابة، ومعها مالكها، فتلفت، لا يضمنها المسخر، لأن التلف غير الإتلاف.

وأما الإتلاف تسبباً: وهو ما تسبب عنه إتلاف شيء للغير أو نقصان قيمته، فقد أوجزنا سابقاً شروط الضمان؛ فيه وهي بعبارة أخرى ثلاثة[١].

الأول- التعدي - وهو تجاوز الحق أو ما يسمح به الشرع، كأن يحفر شخص بئراً في الطريق العام من غير إذن الحاكم، أو في غير ملكه عدواناً، فإذا سقط فيه إنسان أو حيوان، فالحافر ضامن. ومثله أن يؤجج رجل ناراً في يوم ريح عاصف، فيتعدى على إتلاف مال الغير، أو يحل وكاء وعاء فيه شيء مائع فاندفق، أو يفتح قفصاً عن طائر، فطار، أو يحمل حملاً في الطريق فيقع على شيء فيتلفه أو يعثر أحد بالحمل، فيضمن في كل تلك الحالات، لأنه أثر فعله، أو بسبب أثر فعله الذي هو تعدٍّ[٢]. إلا أن فتح القفص ونحوه لا يوجب الضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

الثاني- التعمد: وهو أن يصدر الفعل عن قصد وإرادة، كأن يتلف شِرْب[٣] إنسان بأن يسقي أرضه بشرب غيره، أو يسد الماء عن أرض جاره، فتيبس مزروعاته، أو يجذب ثوب إنسان فيسقط منه ما يحمله فيه، فيتلف فيضمن. أما إذا لم يكن هناك تعمد، كما لو جفلت دابة من رجل، فهربت وضاعت، فلا يضمن، لأنه غير متعمد.

---

(١) القواعد لابن رجب: ص٢٠٦، مذكرة عن المعاملات، المرجع السابق: ص١٩٠ وما بعدها، الفروق للقرافي: ٢٧/٤، ٢٠٨/٢، مجمع الضمانات: ص٣٢٣.

(٢) جامع الفصولين: ١١٦/٢، ١٢٢، ١٢٤، وانظر المادة ٩٢٤ من المجلة التي تنص في أولها على أنه «يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان...».

(٣) الشِّرْب: النصيب من الماء لإرواء الأراضي. وحق الشفة: هو حق شرب الإنسان والدواب.

الثالث- ألا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر مباشر، فإن اشترك المباشر والمتسبب، ضمن المباشر إن كان السبب لا يؤثر في التلف بانفراده عادة، كمن حفر بئراً في مكان عدواناً، فجاء غير الحافر، وأردى فيه إنساناً أو حيواناً، فالضمان عليه دون الحافر؛ أما إن تردى فيه بهيمة أو غيرها بنفسها، فالحافر هو الضامن، وإن كان السبب يؤثر بانفراده، فإن المتسبب والمباشر يشتركان في الضمان، كما لو نخس رجل دابة راكب بإذنه فوطئت إنساناً، فالضمان عليهما، لأن السبب هنا يؤثر بانفراده، كما أوضحنا سابقاً.

الفروق بين ضمان العقد وضمان اليد وضمان الإتلاف[1]:

المهم في نظرية الضمان أو المسؤولية في الإسلام هو تعويض المتضرر سواء أكانت المسؤولية تعاقدية أم تقصيرية، مما يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية من أنصار وحدة المسؤولية - نظرية تحمل التبعية - ولكن مع ذلك ذكر الفقهاء فروقاً تبعية أو غير أساسية بين نوعي المسؤوليتين ليست لها الأهمية التي يذكرها القانونيون القائلون بتعدد المسؤولية[2].

فقد أبان السيوطي الفرق بين أسباب الضمان الثلاثة، فقال[3]: الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد: أن ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله؛ وضمان اليد مرده المثل أو القيمة. ويفارق الإتلاف ضمان اليد في أنه (أي الإتلاف) يتعلق الحكم فيه بالمباشرة دون السبب، وضمان اليد يتعلق بالمباشرة والسبب.

وذكر السرخسي هذا الفرق نفسه بين ضمان العقد وضمان اليد، فقال[4]: «إن ضمان الإتلاف مبني على المماثلة، وبهذا فارق ضمان العقد، فإنه غير مبني على المماثلة باعتبار الأصل، بل وعلى المراضاة، وكيف ينبني على المماثلة،

---

(١) يلاحظ أن اصطلاح (ضمان العقد) الفقهي يدل على تلافي الأضرار الناتجة عن العقد، واصطلاح (ضمان الإتلاف واليد) يشير إلى المسؤولية التقصيرية.
(٢) نطاق المسؤولية المدنية للدكتور الخطيب: ص٣٥، ٣٠٨، ٣٦٩.
(٣) الأشباه والنظائر: ص٢٧٧ وما بعدها.
(٤) المبسوط: ١١/ ٨٠، مطبعة السعادة.

والمقصود بالعقد طلب الربح، ثم ضمان العقد مشروع، وفي المشروع يعتبر الوسع والإمكان، ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي، فاسداً كان العقد أو جائزاً، فيسقط اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز منه في ضمان العقد. فأما الإتلاف فمحظور غير مشروع، وضمانه مقدر بالمثل بالنص[(١)]، فلا يجوز إيجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب الإتلاف».

بهذا يتضح الفرق بين ضمان الإتلاف وضمان اليد، فمصدر الضمان في الإتلاف هو مباشرة الفعل، وأما مصدر ضمان اليد فهو إما المباشرة أو التسبب. إلا أن الحنفية قالوا: إذا كان المسبب في الإتلاف متعدياً يجعل كالمباشر[(٢)].

وكذلك يتضح الفرق بين ضمان العقد من جهة وضمان اليد أو الإتلاف من جهة أخرى على النحو الآتي في الأمور التالية:

١- **الأهلية**: يشترط لضمان العقد عند الحنفية أهلية الأداء الناقصة أي التمييز، وعند جمهور الفقهاء: البلوغ مع العقل. وأما ضمان اليد فيكفي للالتزام به أهلية الوجوب الكاملة؛ أي توافر الصفة الإنسانية بعد الولادة، فسواء أكان الصبي مميزاً أم غير مميز، فإنه يلتزم بضمان المتلفات، كما قرر علماء أصول الفقه[(٣)]، وكما ذكرنا سابقاً.

٢- **كيفية التعويض**: يقدر التعويض أو الغرامة في ضمان العقد حسبما جرى الاتفاق أو التراضي عليه، لأن المقصود من العقود هو الاسترباح كما أشار السرخسي. وأما ضمان اليد فيراعى فيه مبدأ المماثلة بقدر الإمكان، لأن المقصود من ضمان المتلفات هو تغطية الضرر الواقع فعلاً.

٣- **المسؤول عن التعويض**: قد يكون هناك تضامن في المسؤولية في ضمان العقد،

---

(١) أي النص القرآني مثل قوله تعالى ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى: ٤٢/ ٤٠] ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ﴾ [النحل: ١٦/ ١٢٦].

(٢) راجع المبسوط للسرخسي: ١١/ ٥٤.

(٣) انظر كشف الأسرار على أصول البزدوي: مجلد ٢/ ١٣٨٣، التقرير والتحبير: ٢/ ١٧٢، التلويح على التوضيح: ٢/ ١٦٨ ط صبيح.

كما في الكفالة حيث يمكن للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل بالدين المكفول به. وكذلك العقد الذي فيه معنى الكفالة كشركة المفاوضة عند الحنفية[(١)]، حيث يعدّ كل شريك كفيلاً عن الآخر أي متضامناً معه في كل الحقوق والواجبات المتعلقة بما يتاجران فيه. وعدّ المالكية قطاع الطريق أو المحاربين كالكفلاء فيما بينهم فيما يغرمه كل واحد منهم من الأموال المحترمة، سواء أكانت لمسلم أم لذمي أم لمعاهد، فكل من قبض عليه منهم طولب بضمان ما أخذه هو وأصحابه[(٢)].

أما في ضمان اليد ما عدا الغصب، فإن كلَّ جانٍ مسؤول بانفراده ومستقل عن الجناة الآخرين. لأن المبدأ المقرر في الإسلام هو المسؤولية الفردية لقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ [المدثر: ٣٨/٧٤] أما الغصب فيمكن مطالبة الغاصب أو غاصب الغاصب بالضمان.

٤- الإجازة: الإجازة تلحق العقد كما في تصرف الفضولي، وكذا تلحق الأفعال عند الإمام محمد خلافاً لأبي حنيفة، فلو رد الغاصب الشيء المغصوب إلى شخص أجنبي، فأجاز المالك المغصوب منه قبض ذلك الأجنبي أي فعله، برئ الغاصب من الضمان عند محمد، وعند أبي حنيفة لا يبرأ من الضمان.

أما في ضمان الإتلاف: ففي قول مرجوح أن «الإجازة لا تلحق الإتلاف» فلو أتلف إنسان مال غيره تعدياً، فقال المالك: أجزت أو رضيت أو أمضيت، لم يبرأ من الضمان[(٣)]. والصحيح أن الإجازة تلحق الإتلاف كبقية الأفعال.

٥- وقت تملك المضمون: إن المضمون ضمان عقد لا يملكه مستحقه إلا بقبض الضامن، أما المضمون ضمان يد، فيملكه مستحقه من تاريخ حدوث سبب استحقاقه[(٤)]، مثاله: إذا كان المهر المعين بذاته - كسيارة مثلاً - في يد الزوج

---

(١) شركة المفاوضة: هي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في عمل بشرط التساوي في رؤوس الأموال والتصرفات والعقيدة والأرباح. وهذا المعنى انفرد به الحنفية والشيعة الزيدية دون سائر الفقهاء.

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٤/ ٣٥٠ وما بعدها.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٧/٢ وما بعدها، رد المحتار والدر المختار: ١٣٩/٥.

(٤) انظر وقارن التعليق على الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٥٣.

مضموناً ضمان عقد، فإن المرأة لا تملكه إلا باستلامها إياه، وإذا كان مضموناً ضمان يد، فتملكه المرأة بمجرد انعقاد عقد الزواج، وعندئذ يحق لها التصرف فيه بالبيع مثلاً بعد تملكه[١].

وقد وضع الحنفية قاعدة في ضمان العقد تؤيد ذلك وهي: «الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه» وفي ضمان اليد قالوا في الغصب مثلاً: يملك الغاصب الشيء المغصوب بعد ضمانه من وقت وجود الغصب[٢].

ويتحقق عند القانونيين ضمان العقد أو المسؤولية التعاقدية عند قيام عقد صحيح بين الطرفين، وحدوث ضرر ناتج من عدم تنفيذ الالتزامات المتولدة من هذا العقد، فإن لم يكن العقد صحيحاً أو كان باطلاً، فتعدّ المسؤولية تقصيرية.

ويلاحظ أن ضمان العقد عند الفقهاء المسلمين غير المسؤولية التعاقدية عند فقهاء القانون، فضمان العقد: ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان. أما المسؤولية العقدية: فهي تعويض عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين التزامه الناشئ عن العقد. وهذا المعنى غير مضمون شرعاً، وإنما يجبر المدين على الوفاء بالتزامه، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزير.

حالات مختلف فيها: هل هي من ضمان العقد أم من ضمان اليد:

اختلف الفقهاء في بعض المسائل: هل هي مضمونة ضمان عقد أو ضمان يد؟ منها ما ذكره **الحنفية** وهو أن الصبي المميز إذا لم يكن مأذوناً له في التجارة وتعاقد مع غيره على شيء ثم تسلمه منه وأتلفه، فهل يضمنه أم لا؟

قال أبو حنيفة ومحمد ورأيهما هو الراجح عند الحنفية: لا يضمن، لأن الضمان هنا ضمان عقد لا ضمان يد أو فعل، فالمالك هو الذي سلط هذا الصبي المحجور عن التصرفات على ماله، وعرضه للتلف، والصبي غير المأذون أو المحجور ليس أهلاً لالتزام ضمان العقود كما ذكرنا سابقاً.

---

(١) انظر وقارن أيضاً هذه الفروق: المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للزميل الدكتور فيض الله: ص٩٢-٩٦.

(٢) المبسوط: ١٦/ ١٥، البدائع ٧/ ١٥٢، مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ١٨٣.

وقال أبو يوسف: يضمن هذا الصغير، لأنه ضامن كل ما يتلفه على غيره من الأفعال الجنائية، وهنا إذا لم يعتبر فعل الصغير المحجور بناء على العقد فقد بقي فعل الإتلاف، فالقضية هنا قضية ضمان يد لا ضمان عقد[١].

ومن هذه الحالات ما ذكره **الشافعية** وهو: هل الصداق (المهر) المعين بذاته في يد الزوج قبل قبض المرأة له مضمون ضمان عقد أو ضمان يد؟

في ذلك قولان، والترجيح مختلف فيما يترتب على الاختلاف من مسائل فقهية منها: الأصح أنه لا يصح للمرأة بيع هذا المهر قبل قبضه، بناء على أنه مضمون ضمان عقد. وفي قول ثان: يصح البيع بناء على أنه مضمون ضمان يد. ومنها: أنه إذا تلف هذا المهر أو أتلفه الزوج قبل قبضه، فينفسخ المهر المسمى، ويطالب بمهر المثل بناء على ضمان العقد. وفي قول آخر: لا ينفسح الشيء المسمى، ويلزم الزوج مثله أو قيمته بناء على ضمان اليد[٢]. وهذا هو رأي الحنفية[٣]. والراجح من القولين عند الشافعية أن المهر في هذه الحالة وغيرها (أي إذا عين أو لم يعين) مضمون ضمان عقد لا ضمان يد، فلا يصح للمرأة بيعه قبل قبضه، ولو تلف في يده وجب مهر المثل[٤].

وذكر **الحنابلة** أن الغاصب لو باع الشيء المغصوب، وخلى بينه وبين المشتري، فتلف قبل أن ينقله إليه، فهل يضمنه المشتري ضمان عقد أم ضمان يد؟ قال بعضهم: لا يضمنه ضمان يد أي غصب، ولكن يضمنه ضمان عقد بمجرد التخلية، وقال بعضهم: للمالك أن يضمنه إياه ضمان يد.

ثم ذكر ابن رجب الحنبلي اختلافاً في بعض المسائل يتردد فيها الحكم بين **ضمان اليد وضمان الإتلاف**[٥]: وهو ما إذا حفر رجل بئراً عدواناً أو نصب شبكة أو

(١) الدر المختار: ١٠١/٥ ط البابي الحلبي، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٧٨/٢، مجمع الضمانات للبغدادي: ص٤٢٣، المدخل للأستاذ الزرقاء: ف ٤٣٨.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٥٣.
(٣) مجمع الضمانات: ص٣٤٧.
(٤) انظر مغني المحتاج: ٣/ ٢٢١.
(٥) راجع القواعد له: ص٢٠٥، ٢٠٧.

منجلاً للصيد، ثم مات هذا الرجل، ثم وقع في البئر حيوان مضمون، أو عثر بآلات الصيد حيوان مضمون، فإن اعتبرنا ذلك من باب الإتلاف، فيجب الضمان من التركة، وبه قال بعض الحنابلة.

وإن اعتبرنا ذلك من ضمان اليد، فهل يفترض أن يد الميت قائمة بعد الموت، وبالتالي يجب الضمان من التركة، أو تعتبر اليد يد من انتقل الملك إليه؟ في هذا رأيان عند الحنابلة.

مقارنة:

يقابل في بعض الأحكام ضمان العقد وضمان اليد أو الإتلاف في فقهنا ما عليه أكثر فقهاء القانون المدني القائلين بازدواج المسؤولية، أي تقسيم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية تعاقدية ومسؤولية تقصيرية، فالأولى تنشأ من الإخلال بالتزام عقدي، فتعدّ أثراً للالتزام، والمسؤولية الناجمة عن مسؤولية بين شخصين يعرف أحدهما الآخر، وذلك بسبب الإخلال برابطة سابقة موجودة بين الدائن والمدين، وأما الثانية فتنشأ من الإخلال بواجب قانوني مقتضاه عدم الإضرار بالغير، فهي تعدّ مصدراً للالتزام، والمسؤولية الحاصلة ترجع إلى مجرد المصادفة، أي إن المسؤولية التقصيرية تترتب على وقوع عمل ضار يصبح بها شخص مسؤولاً قبل آخر، دون أن يكون بين الاثنين صلة سابقة.

وتختلف هاتان المسؤوليتان أيضاً باعتبار آخر من حيث شروط مباشرة كل منهما، ومن حيث الإثبات. ففي نطاق الشروط: تشترط في المسؤولية التعاقدية أهلية الرشد في أكثر العقود، ولا بد من إعذار الدائن للمدين[1] حتى يستحق التعويض. أما في المسؤولية التقصيرية فتكفي أهلية التمييز ولا يتصور تعليق استحقاق التعويض على سبق حصول الإعذار.

---

(١) تنص المادة ٢١٨ مدني مصري، ٢١٩ مدني سوري على ما يأتي: «لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك» وتنص المادة التالية على أنه «يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار...» وفائدة الإعذار قانوناً تظهر في ناحيتين:

١- سريان التعويضات المدنية.

٢- لنقل تبعة الهلاك.

ومن حيث الإثبات: يعفى الدائن في المسؤولية التعاقدية من إثبات خطأ المدين أي إن الخطأ مفترض، أما في المسؤولية التقصيرية فيجب على الدائن (المضرور) أن يثبت خطأ المدين[١].

وهذه الأحكام في جملتها لا تخرج عما قرره فقهاء المسلمين، إلا أهلية التمييز، فلا تشترط في المسؤولية التقصيرية في فقهنا، وكذلك أهلية الرشد لا تشترط في المسؤولية التعاقدية عند الحنفية، خلافاً لجمهور الفقهاء، ويختلف تحديد سن الرشد في الفقه الإسلامي عنه في القانون، فهو قانوناً ١٨ أو ٢١ سنة، وفي فقهنا ١٥ سنة.

وكذلك لا فرق في فقهنا بين نوعي المسؤولية بالنسبة إلى الإثبات، إذ يكفي أن يقوم الدائن بإثبات وقوع الضرر وليس عليه إثبات خطأ المدين لكن للمدين التخلص من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر قد وقع لسبب أجنبي لا يد له فيه، أو إذا وجهت إليه اليمين، فحلف على أنه لا علاقة له بالضرر[٢].

وأما إعذار المدين فهو مجرد إجراء إداري تنظيمي أو شكلي لا يمانع منه الفقه الإسلامي بمقتضى مبدأ السياسة الشرعية الذي يخول الحاكم اتخاذ الإجراءات الإصلاحية الملائمة لإحقاق الحق وتحقيق مصلحة القوانين ومراعاة تطور الحياة الحاضرة. إلا أنه مع ذلك لا نجد فائدة لإعذار المدين في نطاق الشريعة الإسلامية؛ لأن عدم تنفيذ الالتزام يعد إخلالاً بالتزام ديني خلقي، ولأن الربا محرم شرعاً فلا يترتب هناك فوائد على التأخير، ولأن المدين لا يلتزم إلا بتسليم الشيء عيناً، فلا توجد فائدة من إعذاره[٣].

قاعدة الإثراء بلا سبب:

ينبغي أن يلاحظ أن الفقه الإسلامي يعترف بقاعدة الإثراء بلا سبب أحد مصادر

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهوري: ص٧٤٨ وما بعدها، موجز النظرية العامة للالتزام لأستاذنا الدكتور حجازي: ص٤٣٧ وما بعدها.

(٢) نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية للدكتور حسن الخطيب: ص٢٢٦وما بعدها.

(٣) أما في القانون المدني فلإعذار المدين أهمية، لأن الإعذار ينتج أثراً قانونياً يتعلق بمبدأ سريان التعويضات التأخيرية، ويحدد المسؤولية المدنية، ويبرر مشروعية وجوده في التطبيق العملي (المرجع السابق: ص٢٣٨).

الضمان، خلافاً لإنكار الدكتور السنهوري[1]، بدليل قول الفقهاء: من استولى على مال الغير من دون حق يلزم برده ما دامت العين باقية، ويرد مثله أو قيمته إن تلفت، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ٢/١٨٨] وبقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس» وينطبق هذا على موارد عديدة منها:

١- الاستيلاء على مال الغير بغياً وعدواناً.

٢- الاستيلاء عليه خطأ، كمن لبس ثوب غيره، وهو يظن أنه ثوبه، أو جهلاً، كمن تصرف في عقار تلقاه من مورثه، ثم تبين أن المورث كان غاصباً.

٣- من قبض مالاً من آخر، كي يترك محرماً كالقتل والسرقة، أو يفعل واجباً كالصوم والصلاة، أو يرتكب جريمة.

ففي جميع هذه الحالات يرد المال إلى صاحبه، حيث لا أجرة له على ترك المحرمات، ولا على فعل الواجبات، وبالأولى على ارتكاب جريمة.

٤- إيفاء ما لا يجب كمن دفع مالاً للغير، وهو يعتقد أنه صاحب حق، ثم تبين أن لا حق له.

٥- من دفع مالاً لغيره على عمل لا تقصده العقلاء، بل يعد في نظرهم عبثاً ولغواً، كما لو قال شخص لآخر: اغترف من ماء البحر عشرين صفيحة (تنكة) وردها إليه، ولك كذا.

٦- من بذل طعاماً للمضطر، فإنه يرجع عليه بما بذل؛ لأن «الاضطرار لا يبطل حق الغير».

٧- لو توقف حفظ الوديعة على بذل مال لا يساوي قيمتها، ودفعه من هي في يده لأجل حفظها، كان للباذل الحق في الرجوع على صاحب الوديعة بما بذل.

فهذه الأمثلة ونحوها ينطبق عليها الإثراء بلا سبب الذي قال به القانون الفرنسي والقوانين المأخوذة عنه كالقانون المصري والسوري واللبناني والليبي والكويتي والعراقي. كذلك ينطبق عليها «الاستيلاء على مال الغير من دون حق».

---

(١) الإسلام مع الحياة: ص٢٤٣ وما بعدها.

المبحث الخامس : الواجب في الضمان: التعويض

الواجب في الضمان هو التعويض، وهذا يقتضينا معرفة الفكرة حول مبدأ التعويض، وكيفيته أو قاعدته، ووقت تقديره، وتقادم الحق فيه، ثم نذكر حالات خاصة من الضمان، والنزول عن الحق في التعويض.

المطلب الأول : مبدأ التعويض

القصد من التعويض: هو تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ، والمبدأ المقرر في المسؤولية المدنية هو عدم مقابلة الإتلاف بمثله، إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، والمقصود من منع الضرار نفي فكرة الثأر التي كانت سائدة في الجاهلية، إذ لا فائدة منها، بل في ذلك خطر وحمق ومفسدة محضة، وهو اتساع دائرة الأضرار الواقعة نتيجة انتشار فكرة المقابلة بالمثل، والضرر لا يزال بالضرر. أما التعويض أو التضمين ففيه نفع بجبر الضرر وترميم آثاره. وعلى هذا فليس للمتضرر أن يتلف مال غيره، كما أتلف ماله، وإنما له القيمة أو المثل. نصت المادة (٩٢١) من المجلة على ما يأتي: «ليس للمظلوم صلاحية أن يظلم آخر، بما أنه ظلم، مثلاً: لو أتلف زيد مال عمرو مقابلة بما أنه أتلف ماله، يكونان ضامنين، وكذا لو أتلف زيد مال عمرو الذي هو من قبيلة طيّئ، بما أن بكراً الذي هو من تلك القبيلة، أتلف ماله، يضمن كل منهما المال الذي أتلفه، وكذا ليس لمن أخذ دراهم زيوفاً[١] من أحد صلاحية صرفها لآخر» لهذا قال ابن القيم بصدد تقرير مبدأ التضمين وعدم مقابلة الإتلاف بمثله: «إن مقابلة الإتلاف بمثله في كل الأحوال شرع الظالمين المعتدين الذي تنزهت عنه شريعة أحكم الحاكمين»[٢].

ومن أهم الحوادث التاريخية دلالة على ذلك قصة الحكم الذي أصدره نبي الله داوود، وسليمان فيما حكاه القرآن الكريم: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ

---

(١) الزيوف: ما زيفه بيت المال أي يرده، ولكن تأخذه التجار في التجارات.
(٢) أعلام الموقعين: ٢/ ١٠٤.

نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ [الأنبياء: ٢١/٧٨-٧٩][1] وملخص تفسير الآية: هو أن رجلين دخلا على داوود وعنده ابنه سليمان، أحدهما صاحب الحرث، والآخر صاحب الغنم، فقال صاحب الحرث: إن هذا انفلتت غنمه ليلاً فوقعت في حرثي، فلم تبق منه شيئاً، فقضى داوود بأن يأخذ صاحب الحرث الغنم، فإنها تساوي قيمة الحرث الذي أفسدته.

فلما سمع سليمان هذا الحكم رأى ما هو خير منه، وأرفق بالجميع، فقال: ينبغي أن تدفع الغنم إلى صاحب الحرث، فينتفع بألبانها وسمنها وأصوافها، ويدفع الحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه زراعة وسقياً وتعهداً، حتى إذا عاد الزرع إلى حاله التي أصابته الغنم في السنة المقبلة، رد كل واحد منهما ماله إلى صاحبه. فقال داوود: يا بنيَّ لا يقطع الله فهمك؛ وقضى بما قضى به سليمان وأقره. وهذا معنى قوله سبحانه: ﴿فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ﴾ أي فهمنا سليمان القضية وحكمها[2].

ففي هذه القضية حكم داوود عليه السلام بقيمة المتلف، وبما أنه وجد الغنم بقدر القيمة، فدفعها إلى صاحب الحرث، إما لأنه لم يكن لصاحب الغنم مال، وإمّا أنّه تعذر بيعها ورضي بتسليمها، ورضي صاحب الحقل بأخذها بدلاً عن القيمة.

وأما سليمان فقضى على صاحب الغنم بدفع المثل، بأن يعمر البستان حتى يعود كما كان، وما حكم به سليمان هو الأقرب إلى العدل. وقد حكم رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط (البساتين) حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل مضمون على أصحابها. ففي النهار يكون التفريط من أهل الزرع، فكان عليهم المسؤولية، وفي الليل يكون التفريط من أهل المواشي بتركهم حفظها المعتاد في وقته.

---

(١) والحرث: يطلق على الزرع أو الثمر عامة وأصل معناه اللغوي: إلقاء البذور في الأرض، وقيل: كان الحرث كرم عنب، نفشت: النفش: رعي الغنم ليلاً، وفيه معنى التفريق في الزرع بلا نظام.

(٢) التفسير الواضح للأستاذ محمد محمود حجازي: ج٢٧/٢٧.

وللعلماء في هذه القضية أربعة أقوال:

١- موافقة حكم سليمان في ضمان النفش والمثل، وهو رأي عند المالكية والشافعية والحنابلة، قال ابن القيم: وهو الحق.

٢- موافقة حكم سليمان في ضمان النفش دون التضمين بالمثل، وهذا هو الرأي المشهور عند المالكية والشافعية والحنابلة. أي إنهم يقولون: إن ما أفسدت البهائم ليلاً فهو مضمون على أصحابها، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته في النهار. والشافعية يستأنسون بالآية ويستدلون بحديث مرسل رواه مالك عن الزهري عن حرام بن محيصة «أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل، فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها[1]».

٣- موافقة حكم سليمان في التضمين بالمثل دون النفش، وذلك إذا رعاها صاحبها باختياره، دون ما إذا انفلتت ولم يشعر بها، وهذا رأي الظاهرية.

٤- إن النفش لا يوجب الضمان بحال، وما وجب من ضمان الراعي بغير النفش، فإنه يضمن بالقيمة لا بالمثل، وهذا مذهب أبي حنيفة[2]. وحجته في عدم الضمان مطلقاً حديث «جرح العجماء جبار» قال محمد: هي المنفلتة.

وأما المبدأ المقرر في المسؤولية الجنائية على النفوس البشرية فهو مقابلة الجناية بمثلها، أي المماثلة بين الجناية والعقاب، لأن الجنايات لا تقمع إلا بعقوبة مماثلة لها من جنسها، منعاً لحزازة النفس، وأطفأ لنار الفتنة، وأشفى لغليل أولياء المجني عليه، وكظماً لغيظهم، فمن قتَل قُتل، ومن جَرح جُرح، ومن قَطع قُطع[3]. هذا هو مبدأ التعويض في المسؤوليتين المدنية والجنائية الذي يقرر مبدأ حضارياً إنسانياً، وهو بناء صرح المدنية والحفاظ على الأموال وقمع جريمة الجناة، وتوفير الطمأنينة والسلام، وخلاصة هذا المبدأ هو شرعية القصاص في الدماء دون الأموال.

---

(١) الموطأ: ٢/ ٢٢٠، ط البابي الحلبي.

(٢) أعلام الموقعين: ١/ ٣٢٦ وما بعدها، مطبعة السعادة.

(٣) انظر المرجع السابق: ص٣٢٧، ٢/ ٩٥ وما بعدها، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٥٨٦، النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور المحمصاني: ١/ ٢١٤.

المطلب الثاني : كيفية التعويض أو شكل التعويض

اتفق العلماء على تحريم الغصب والإتلاف ونحوهما من الاعتداء على أموال الآخرين، لقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٤/٢٩] وقول رسول الله ﷺ في خطبته يوم عيد الأضحى: «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم...» «من أخذ شبراً من الأرض، طوقه الله من سبع أرضين»[١] أي إن الظالم يكلف نقل ما ظلم منها يوم القيامة إلى المحشر، ويكون كالطوق في عنقه، لا أنه طوق حقيقة.

وقال ﷺ أيضاً: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»[٢] لهذا فإن الأصل العام المقرر في الضمانات للتخلص من العهدة والمسؤولية: هو رد الحقوق بأعيانها عند الإمكان، فإن ردها كاملة الأوصاف برئ من المسؤولية وإن ردها ناقصة الأوصاف، جبر الضامن أوصافها بالقيمة، لأن الأوصاف ليست من ذوات الأمثال، ولكن لا يضمن نقصها بسبب انخفاض الأسعار في الأسواق، إلا عند الفقيه أبي ثور، فإنه يوجب ضمان قيمة النقص بسبب ذلك[٣]، وكذلك عند الشافعية كما سيأتي في بحث الأوصاف.

وقال فقهاء الحنفية وغيرهم: يتعين رد الشيء بعينه وذاته في الغصوب والأمانات والوكالات[٤].

فمن غصب شيئاً لزمه رده بعينه ما دام موجوداً باتفاق العلماء، لقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأحمد عن عائشة ﵂، وللحديث عندهم رواية أخرى عن سعيد بن زيد، ورواه أحمد والبخاري عن ابن عمر، ورواه أحمد أيضاً عن أبي هريرة (راجع نيل الأوطار: ٥/٣١٧).

(٢) رواه الدارقطني عن أنس، وفيه مجهول، ورواه البيهقي وابن حبان والحاكم في صحيحيهما عن أبي حميد الساعدي بلفظ «لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه» (نيل الأوطار: ٥/٣١٦).

(٣) قواعد الأحكام: ١/١٥١ وما بعدها، مطبعة الاستقامة بالقاهرة، المغني: ٥/٢٥٧.

(٤) تحفة الفقهاء: ٢/٥٢، الطبعة الأولى.

فإذا هلك المغصوب عند الغاصب، سواء بتعد أو تقصير منه، أم لا، أو استهلكه، أو أتلف شخص مالاً لغيره، كان ضامناً له.

وقاعدة الضمان أو كيفيته بالنسبة للأموال بسبب الغصب أو الإتلاف ونحوهما: هو أنه يجب ضمان المثل باتفاق العلماء إذا كان المال مثلياً[1] لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤] ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٢/ ٤٠] قال الزيلعي: وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والإجماع، وسمي الضمان المقابل اعتداء بطريق المقابلة لفعل الاعتداء أو الإضرار مجازاً لا حقيقة؛ لأن المجازاة أو الضمان لا يكون سيئة. وقد ثبت في السنة النبوية فيما ذكرنا سابقاً أن الرسول ﷺ قال للسيدة عائشة التي كسرت قصعة ضرتها: «طعام بطعام وإناء بإناء».

ولأن المقصود من التضمين جبران الضرر، وذلك أعدل وأتم في مثل الشيء المتلَف، لأن المثل معادل صورة ومعنى، أي مراعى فيه جنس التالف وماليته،

---

(١) من المعروف أن المال ينقسم إلى مثلي وقيمي: والمثلي: هو ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به. أو هو ما تماثلت آحاده أو أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به. والأموال المثلية أربعة: هي المكيلات، والموزونات، والعدديات المتقاربة، وبعض أنواع الذَرْعيات. فالمكيلات: هي التي تباع بالكيل كالقمح والشعير، وكبعض السوائل التي تباع بالليتر كالبترول والبنزين. والموزونات: هي التي تباع بالوزن كالسمن والزيت والسكر. والذرعيات: هي التي تباع بالذراع كالقطع الكبرى من المنسوجات الصوفية أو القطنية أو الحريرية وكالأراضي. والعدديات المتقاربة: هي التي لا تتفاوت آحادها إلا تفاوتاً بسيطاً كالبيض والجوز، وكالمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكؤوس وصحون الخزف والبلور ونحوها.
والقيمي: ما ليس له مثل في الأسواق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة. أو ما تفاوتت أفراده، فلا يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق كالدور والأراضي والأشجار والحيوان والمفروشات ونحوها (راجع رد المحتار: ٥/ ١٣٠، ٤/ ١٧٣، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٢٢٣، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨١، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٢٧٧، حاشية الباجوري: ٢/ ١٤، جامع الفصولين: ٢/ ١٣٦، المدخل لنظرية الالتزام: ص١٣٠ وما بعدها، وعقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص٥٠، وانظر المجلة ١٤٥، ١٤٦، والقانون المدني السوري م٨٨، والمصري م٨٥).

فكان الإلزام بالمثل (أي مثلما استهلك صفة ووزناً) أقرب إلى الأصل من القيمة، والواجب في الضمان الاقتراب من الأصل بقدر الإمكان تعويضاً للضرر. ولكن: إذا تعذر وجود المثل ينتقل إلى القيمة للضرورة، وعملاً بالقاعدة الشرعية: «إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل» (م٥٣ مجلة) إذ هو عندئذ كما لا مثل له.

والتعذر إما حقيقي حسي كانقطاع وجود المثل في السوق بعد البحث عنه، وإن وجد في البيوت، وإمّا حكمي كأن لم يوجد إلا بأكثر من ثمن المثل، أو كان العجز عن المثل شرعاً بالنسبة للضامن كالخمر بالنسبة للمسلم يجب عليه للذمي عند الحنفية ضمان القيمة، وإن كانت الخمر من المثليات، لأنه يحرم عليه تملكها بالشراء، كما هو معروف.

وأما إذا كان المال **قيمياً** كالعروض التجارية والحيوان ونحوها مما لا مثل له، فيجب ضمان القيمة باتفاق العلماء[(١)]؛ لأنه تعذر الوفاء بالمثل تماماً صورة ومعنى، فيجب المثل معنى: وهو القيمة، لأنها تقوم مقامه، ويحصل بها مثله، واسمها ينبئ عنه[(٢)].

وتجب القيمة في ثلاث حالات[(٣)]:

١- إذا كان الشيء غير مثلي كالحيوانات والدور والمصوغات، فلكل واحد منها قيمة تختلف عن الأخرى باختلاف الصفات المميزة لكل واحد.

---

(١) إلا أن الإمامَ مالكاً يقول: لا يقضي في العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استهلك. وجمهور الفقهاء يقولون كما ذكرنا: الواجب في ذلك المثل، ولا تلزم القيمة إلا عند عدم المثل (انظر بداية المجتهد: ٢/ ٣١٢، القوانين الفقهية: ص٣٣٠، نيل الأوطار: ٥/ ٣٢٣).

(٢) راجع المبسوط: ١١/ ٥٠، متن القدوري: ٢/ ١٨٨، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٢٢٣، ٢٣٤، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٦٣، جامع الفصولين: ٢/ ١٣٠، درر الحكام: ٢/ ٢٦٢، الدر المختار: ٥/ ١٢٩، البدائع: ٧/ ١٥٠، ١٦٨، الفروق: ٢/ ٢٠٦، بداية المجتهد، المكان السابق، القوانين الفقهية: ص٢٦٠، ٣٣٠، مغني المحتاج: ٢/ ٢٨١، ٢٨٤، قواعد الأحكام ٢/ ١٢٠، ١٦٦، فتح العزيز شرح الوجيز: ١١/ ٢٤٢ بهامش المجموع، المغني: ٥/ ٢٢١، ٢٥٨، الإفصاح لابن هبيرة: ص٢١٧، الميزان: ٢/ ٨٨، أعلام الموقعين: ٢/ ٢٥، كشاف القناع: ٤/ ٨٩.

(٣) الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ١٢٩.

٢- إذا كان الشيء خليطاً مما هو مثلي بغير جنسه كالبر مع الشعير.

٣- إذا كان الشيء مثلياً تعذر وجود مثله إما حقيقة أو حكماً كما سبق ذكره.

والخلاصة أن الأصل العام في الضمان أو التعويض: هو إزالة الضرر عيناً، كإصلاح الحائط، ورد الخمر المغصوبة ما دامت العين باقية بالنسبة للمسلم، إذ له عند الحنفية إمساكها لتصير خلاً؛ أو جبر المتلف وإعادته صحيحاً كما كان عند الإمكان كإعادة المكسور صحيحاً، فإن تعذر ذلك وجب التعويض المثلي أو النقدي، مثال الأول وهو التعويض المثلي والعيني: تسليم البائع للمشتري كمية مساوية للحنطة المبيعة التي تلفت ومن نفس نوعها، ومثال الثاني وهو التعويض النقدي: دفع المدين مبلغاً من المال في حالة استحالة التنفيذ العيني. أي إن التعويض في الشريعة نوعان: تعويض عيني وتعويض نقدي[١].

وهذا موافق لما جرى عليه **القانون المدني** من أن التعويض نوعان: تعويض عيني، وتعويض بمقابل، فالأول: يلجأ إليه متى كان ذلك ممكناً وهو نادر في المسؤولية التقصيرية كإصلاح السيارة المتلفة، لكنه يقع كثيراً في الالتزامات العقدية، والثاني: قد يكون تعويضاً غير نقدي كما في دعاوى السب والقذف بنشر الحكم الصادر في الصحف مثلاً، وقد يكون تعويضاً نقدياً وهو الغالب في دعاوى المسؤولية التقصيرية[٢].

---

(١) نصت المجلة (القانون المدني العثماني) على نوعي التعويض، فالمادة (١٤٥) نصت على التعويض العيني بقولها: «المثلي: ما يوجد مثله في السوق من دون تفاوت يعتد به» وحددت المادة (١١١٩) أنواع المثليات التي ذكرناها قريباً. ونصت المادة (١٤٦) على التعويض النقدي بقولها: «القيمي: ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة» وذكرت المادة (١١١٩) بعض الأموال القيمية.

(٢) الوسيط للسنهوري: ص٩٦٦ وما بعدها، نظرية الالتزام لحجازي: ص٥٠٤ وما بعدها، وانظر المواد ٢٠٣، ٢١٥، ٢/١٧١ من القانون المدني المصري، ٢٠٤، ٢١٦، ٢/١٧٢ من القانون المدني السوري.

المطلب الثالث : تقدير التعويض ووقت تقديره

يقدر القاضي التعويض بالاستعانة بالخبراء، ويلاحظ ما حدث من الأضرار المادية الملموسة الواقعة فعلاً، أما الأضرار المحتملة فإن كان وقوعها مؤكداً فهي في حكم الواقعة. أما ضياع المصالح والخسارة المنتظرة غير المؤكدة (أي المستقبلة) أو الأضرار الأدبية أو المعنوية فلا يعوض عنها في أصل الحكم الفقهي؛ لأن محل التعويض هو المال الموجود المحقق فعلاً، والمتقوم شرعاً، والأضرار المستقبلية غير محققة حالاً، وكذا الضرر الأدبي غير متقوم شرعاً، لكن يمكن أن نجد مستنداً لتعويض تلك الأضرار في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فيما لا نص عليه، عملاً بمبدأ السياسة الشرعية لإحقاق الحق وإقرار العدل ودفع الحرج والمشقة، وأخذاً بمشروعية التعزيرات أو الغرامات المالية، يفعل القاضي في ذلك ما يراه حسب الحاجة.

والمبدأ العام في تعويض الأضرار الناشئة عن ضمان اليد أو المسؤولية التقصيرية: هو المماثلة بين التعويض والضرر أي إنه يجب تعويض جميع الضرر؛ لأن ضمان الإتلاف ضمان اعتداء، والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل في النص القرآني. أما في ضمان العقد أو المسؤولية العقدية فلا يشترط التقيد بالمثل، وإنما ينفذ الشرط المتفق عليه قدر الإمكان عملاً بقاعدة «يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان».

والتماثل في الأموال المثلية يكون بجعل قدر التعويض مماثلاً للمال الذي أصابه الضرر جنساً ونوعاً وصفة وكمية. وفي الأموال القيمية يكون التعويض بقدر قيمة المال النقدية المقدرة بواسطة أهل الخبرة.

ويلاحظ أن الضمان يجب في مال الجاني نفسه، وهو الأصل العام في المسؤولية لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾. هذا في المسؤولية المدنية.

وأما في المسؤولية الجنائية فإن الشريعة راعت عرف العرب في ذلك فأوجبت الدية على عاقلة القاتل، تضامناً معه، ولأن الأسرة كانت تربطها رابطة التناصر، والآن تجب الدية على القاتل نفسه؛ إذ لا تناصر بين أفراد الأسرة[1].

---

(١) المسؤولية المدنية والجنائية في الإسلام لأستاذنا المرحوم محمود شلتوت: ص٣٨.

وأما **وقت تقدير التعويض**: فيختلف الحكم فيه بين الغصب والإتلاف عند أبي حنيفة الذي قال: إن قيمة الشيء تجب في الغصب عند الخصومة، أي وقت القضاء، وفي التلف عند الإتلاف. ومعرفة وقت وجوب القيمة له أهمية خاصة؛ لأن قيم الأشياء تختلف من يوم لآخر ارتفاعاً وانخفاضاً، فمتى يكون الضمان عادلاً وحاسماً لكل نزاع بين المالك والضامن؟

إن تفصيل كلام الفقهاء في تقدير قيمة التعويض هو ما يأتي:

قال الحنفية: إذا انقطع المال **المثلي** بأن كان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت، فيجب ضمان قيمته، لكنهم اختلفوا في وقت تحديد قيمة الشيء المغصوب:

فقال أبو حنيفة: تجب القيمة وقت الخصومة أي وقت القضاء والمحاكمة لأنه الوقت الذي يلجأ فيه إلى طلب القيمة.

وقال أبو يوسف: تجب القيمة يوم الغصب، لأنه لما انقطع المثل فقد التحق المغصوب بما لا مثل له في وقت اعتبار القيمة، وخلف الشيء إنما يجب بالسبب الذي يجب به الأصل، وهو الغصب، فتعتبر قيمته يوم الغصب.

وقال محمد: تجب القيمة يوم انقطاع الشيء من الأسواق، لأنه الوقت الذي حدث فيه العجز عن أداء المثل.

والمختار عند الحنفية، الذي هو أعدل الأقوال، والمأخوذ به في مجلة الأحكام (م ٩٢١): هو قول أبي يوسف؛ لأن الضمان يجب بالغصب، ووقت ثبوت الحكم هو وقت وجود سببه، فتعتبر قيمة المغصوب يوم الغصب، حتى إنه لا يتغير بتغير الأسعار، لأن سبب الضمان لم يتغير.

وأما المال **القيمي** فتجب قيمته بالهلاك أو التلف يوم الغصب باتفاق الحنفية، وكذا إذا استهلك عند أبي حنيفة. وعند الصاحبين: تجب القيمة يوم الاستهلاك، قال في جامع الفصولين: رجل غصب شاة فسمنت، ثم ذبحها، ضمن قيمتها يوم غصبها، لا يوم ذبحها عند أبي حنيفة، وعند الصاحبين: يوم ذبحها.

وأما **الإتلاف** دون غصب: فتجب فيه القيمة يوم التلف اتفاقاً[١].

وعلى هذا فلا فرق بين الغصب والإتلاف في وقت تقدير التعويض: وهو وقت حدوث سبب الضمان، وفي مكان حدوثه. وعلى هذا تجب قيمة الشيء المستعار وقت التلف. وفي الرهن تجب القيمة وقت القبض إن كان المرتهن هو الذي أتلف المرهون. وإن كان المتلف هو الأجنبي أو الراهن فتجب قيمته يوم التعدي.

وكذلك قال **المالكية**: يجب ضمان المغصوب يوم الغصب، والمتلف يوم الاستهلاك أو الإتلاف[٢].

وقال **الشافعية**: إذا كان الإتلاف بلا غصب كالمستعار، فتجب القيمة يوم التلف إن كان الشيء مثلياً، لأنه لم يدخل في ضمانه قبل ذلك. وتعتبر القيمة في موضع الإتلاف، إلا إذا كان المكان لا يصلح لذلك كالمفازة فتعتبر القيمة في أقرب البلاد.

وأما في الغصب ومثله المقبوض على سوم الشراء أو بالشراء الفاسد: فإن كان المال **مثلياً** فالأصح أن المعتبر في الضمان هو أقصى قيمة له من وقت الغصب في بلد الغصب إلى وقت تعذر وجود المثل. وإذا كان المثل مفقوداً عند التلف، فالأصح وجوب الأكثر قيمة من الغصب إلى التلف، سواء أكان ذلك بتغير الأسعار أم بتغير المغصوب في نفسه.

وأما المال **القيمي**: فيضمن بأقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف[٣].

وقال **الحنابلة**: تجب قيمة المتلف في بلد التلف ويوم التلف، وفيما يجب عليه حفظه إلى مدة معلومة، لزمه ضمانه بالإتلاف وقت انتهاء حفظه لا يوم تلفه. وإن

---

(١) المبسوط: ١١/ ٥٠، متن القدوري: ٢/ ١٨٨، البدائع: ٧/ ١٥١، ١٦٨، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٦٥، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٢٢٣، جامع الفصولين: ٢/ ١٣٠، رد المحتار والدر المختار: ٥/ ١٢٨ وما بعدها، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٢١٩.

(٢) الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٤٤٣، بداية المجتهد: ٢/ ٣١٢، القوانين الفقهية: ص٣٣٠، ٣٣٢، الفروق ٤/ ٢٨.

(٣) مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٤، المهذب: ١/ ٣٦٨، نهاية المحتاج: ٤/ ١١٩-١٢١، حاشية الشرقاوي: ٢/ ٩٢ ط البابي الحلبي، بجيرمي الخطيب: ٣/ ١٣٦ ط البابي الحلبي.

تلف المغصوب المثلي، وفقد مثله، تجب قيمته يوم انقطاع المثل، لأن القيمة وجبت في الذمة حينئذ.

وفي الغصب: يجب الضمان بتقدير أكثر قيمة للتالف من حين الغصب إلى وقت وجوب رد القيمة إذا حدث التغير في المغصوب نفسه من كبر وصغر، وسمن وهزال، وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص، لأن هذه المعاني مغصوبة في الحال التي زادت فيها، والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب.

فإن كانت زيادة القيمة لتغير في الأسعار لم يضمن الغاصب الزيادة، لأن نقصان القيمة لهذا السبب لا يضمن إذا ردت العين المغصوبة بذاتها، فلا يضمن عند تلفها[(١)].

مقارنة:

يحدد التعويض في القانون المدني[(٢)] وفقاً لقاعدتين هما: أن يكون التعويض مساوياً للضرر، وألا يزيد مقدار التعويض على الضرر. ومقياس التعويض هو الضرر المباشر، وذلك يشتمل على عنصرين جوهريين: هما الخسارة التي لحقت المضرور، والكسب الذي فاته، فلا تراعى جسامة الخطأ ولا المركز المالي للمسؤول، ولا إذا ما كان المسؤول مؤمِّناً على مسؤوليته، ولكن يراعى في تقدير التعويض الظروف الملابسة التي تلابس المضرور، لا الظروف التي تلابس

---

(١) المغني: ٥/ ٢٥٧، القواعد لابن رجب: ص٣١٢، كشاف القناع: ٤/ ٩٠، غاية المنتهى: ٢/ ٢٤٦.

(٢) انظر المادة ١٧٠ مدني مصري، والمادة ١٧١ مدني سوري: ونصها: «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و٢٢٢ مصري (٢٢٢، ٢٢٣ سوري) مراعياً في ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير» أما المادتان المشار إليهما فتتضمنان ما يأتي: «يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به...» «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً...».

المسؤول، فيقدر التعويض حسب جسامة الضرر الذي لحق المضرور من الاعتداء، وتقدير القاضي لذلك أمر موضوعي، لا رقابة فيه لمحكمة النقض.

ويشمل التعويض الضرر المادي والأدبي معاً.

وأما وقت تقويم الضرر فهو في رأي أغلب شراح القانون المدني: وقت وقوع الضرر، لأن الفعل غير المشروع هو الذي أنشأ الحق في التعويض.

وهناك بعض الفقهاء القانونيين الذين يقولون بأنه يجب الاعتداد بقيمة الشيء وقت صيرورة الحكم القضائي على المسؤول نهائياً. وهناك رأي وسط مؤدّاه التمييز بين الالتزام بإصلاح الضرر وذلك ينشأ وقت وقوع الضرر، وبين الالتزام بدفع التعويض الذي يقضي بتقدير مبلغ التعويض وقت صدور الحكم(١).

هذه المبادئ لا تتعارض مع الأحكام الفقهية في الإسلام، إلا أن فكرة الضرر المباشر يلاحظ أنها أوسع تقديراً عند القانونيين منها عند الإسلاميين في أصل الحكم الفقهي المقرر عندهم لشموله عنصري الربح والخسارة الفائتين. لكن ذكرنا سابقاً أن قواعد الإسلام من دفع الحرج ورفع الضرر ورعاية المصلحة ومشروعية التعزيرات أو الغرامات المالية لا تأبى - كما بينا - إعطاء القاضي صلاحية الحكم بتعويض الأضرار الواقعة فعلاً سواء أكانت مادية أم أدبية.

ويتفق الفقه الإسلامي مع ما يراه أغلب الشراح بالنسبة لوقت تقويم الضرر، وإن كنا نجد أقوالاً أخرى في فقهنا تتفق مع رأي جماعة آخرين من شراح القانون، مثل القول بتقدير التعويض عند صدور الحكم القضائي.

المطلب الرابع : تقادم الحق في التعويض

(أو مضي المدة أو مرور الزمن)

إذا ثبت الحق في التعويض للمضرور، ثم مضت مدة ولم يطالب بحقه أمام

(١) الوسيط للسنهوري: ص٩٦٨ وما بعدها، موجز نظرية الالتزام للدكتور حجازي: ص٥٠٥ وما بعدها، مبادئ الإجراءات الجنائية للدكتور رؤوف عبيد: ص١٢٨وما بعدها.

القضاء أي لم يرفع دعوى المسؤولية، فهل يسقط حقه شرعاً بمضي المدة؟ وما مقدار المدة؟ وهل يعد وضع اليد عموماً من أسباب كسب الملكية؟

لا يعد التقادم أو مضي المدة أو وضع اليد في الشريعة الإسلامية سبباً صحيحاً من أسباب كسب الحقوق، إذ «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي» فمن أخذ مال غيره دون إذن منه يعد غاصباً، وإنما هو فقط مانع للقاضي من سماع الدعوى بالحق، حماية لمبدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقية، وتجنباً لإثارة المشكلات في الإثبات ونحوه، وذلك لأن القضاء في الإسلام مظهر للحق لا مثبت له، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمن وتقادم العهد؛ لأن مبدأ الإسلام العام الأزلي هو احترام ملكية الأموال للآخرين إلا أن القضاء مع هذا يقبل التخصيص بالزمان والمكان والخصومة ويقبل التعليق بالشرط، وبناء عليه يصح للحاكم العام في مذهب الحنفية منع القاضي من سماع دعوى على شخص مضى على وضع يده خمس عشرة سنة مثلاً، فيعدّ قضاؤه بعدئذ غير نافذ[1].

وقد ثبت أن الحكام المسلمين أمروا قضاتهم بعدم سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة إلا في الإرث والوقف وعند وجود عذر شرعي، وهذا الأمر يظل نافذَ المفعول إلى الآن.

وأما مقدار المدة التي عدّها الحكام مانعاً من سماع الدعوى فهي في الوقف ٣٣ سنة أو ٣٦ سنة، وفي الإرث ٣٣ سنة وقيل ١٥ سنة، وفي أموال بيت المال ٣٦ سنة، وفي الأراضي الأميرية ١٠ سنوات. وفي بقية الحقوق ١٥ سنة. وقد أخذت المجلة (م ١٦٦٢) بمدة ١٥ سنة في جميع الحقوق غير الوقف فهي ٣٦ سنة، والأراضي الأميرية فهي عشر سنين. وتبتدئ المدة من وقت ظهور اليد على الشيء

(١) نصت المادة ١٦٦٠ من المجلة على ذلك فيما يأتي: «لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث والعقارات الموقوفة التي ليست بعائدة إلى أصل الوقف والعموم كالمقاطعة أو التصرف بالإجارتين والمشروطة والتولية والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة».

بمظهر المالك لها، وعدم المانع الشرعي من إقامة دعواه كالصغر والجنون والعته والغيبة، فإن وجد عذر شرعي كهذه الأعذار سقط اعتبار مضي المدة.

وبناء على هذا إذا ترك شخص دعواه في التعويض عن الضرر مدة ١٥ سنة، سقط حقه في إقامة الدعوى، إلا أن يقر الخصم بالحق، فينهدم مرور الزمن، لظهور الحق بإقراره[١] وعلى ذلك نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة.

مقارنة:

يعد التقادم قانوناً سبباً من أسباب كسب الحقوق، وهذا هو المعروف بالتقادم المكسب، وهو مخالف للشريعة الإسلامية[٢]، كما أنه قد يسقط الحقوق، وهذا هو التقادم المسقط. وقد نص القانون المدني[٣] على مدة سقوط دعوى المسؤولية، إلا أن هذه المدة تختلف بحسب ما إذا كان الخطأ مدنياً أو جنائياً.

فإذا كان الخطأ مدنياً تسقط دعوى المسؤولية بأقصر المدتين: ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة، فهي تسقط بمضي ٣ سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عن الضرر. وهي تسقط في كل حال بعد مضي ١٥ سنة من يوم وقوع الضرر، وفي هذه الحالة يلتقي الفقه الإسلامي والقانون المدني.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٣٥٦/٤ وما بعدها، مذكرة عن المعاملات للمرحوم زيد الأبياني: ص١٧ وما بعدها، المدخل الفقهي: ف ١٠٢، والمدخل لنظرية الالتزام للأستاذ الزرقاء: ف ١٥٦، المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للدكتور فيض الله: ص٣٦٤ وما بعدها.

(٢) قد نجد في فقهنا ما يشابه المقرر قانوناً، فإن المالكية قدروا المدة في تملك العقار بعشر سنين أخذاً من حديث «ومن حاز شيئاً عشر سنين فهو له» رواه سعيد بن المسيب (العرف والعادة للأستاذ أحمد فهمي أبو سنة: ص١١٦).

(٣) نصت المادة ١٧٢ من القانون المدني المصري، ١٧٣ من المدني السوري على أنه «١- تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه. وتسقط هذه الدعوة، في كل حال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع. ٢- نصت على بقاء الحق في الدعوى المدنية ما دامت الدعوى الجنائية باقية».

وأما إذا كان الخطأ جنائياً فإنه ينشأ عنه دعوتان: دعوى مدنية ودعوى جنائية. والدعوى المدنية تسقط بأقصر المدتين كما ذكرنا، وأما الدعوى الجنائية فتسقط بعشر سنين. وتبقى الدعوى المدنية غير ساقطة ما بقيت الدعوى الجنائية(١).

والخلاصة أن الفقه الإسلامي والقانون المدني متفقان على مبدأ سقوط الدعوى في التعويض بالتقادم، وعلى مدة التقادم الطويلة الأجل، إلا أنهما مختلفان في مدة التقادم القصيرة الأجل.

المطلب الخامس : حالات خاصة من الضمان

ذكرنا سابقاً أن قاعدة الضمان هي مقابلة المثل بمثله، والقيمة في القيميات، وأشرنا إلى أن المثل قد يكون بإزالة الضرر عيناً، وهنا نذكر بعض الصور التي يحكم فيها القاضي بالتعويض العيني أو النقدي، ونقتصر على حالات هدم المباني وقطع الأشجار وقلع عين الحيوان التي هي من صور الإتلاف مباشرة.

أ- هدم المباني: إذا أتلف إنسان بناء أو حائطاً لغيره يجبر عند أبي حنيفة والشافعي وداوود الظاهري ببناء مثله، فإن تعذرت المماثلة يجب ضمان قيمة البناء. لكن ذكر جماعة من فقهاء الحنفية أنه من هدم حائط غيره، فلصاحبه الخيار: إن شاء ضمن المعتدي قيمة الحائط، وتترك الأنقاض للهادم، وإن شاء أخذ هو الأنقاض، وضمن الجاني باقي القيمة، وليس له أن يجبره على البناء كما كان، لأن الحائط ليس من الأموال المثلية. وكيفية تقدير قيمة الحائط: أن تقوم الدار مع حيطانها، وتقوم من دون هذا الحائط، ثم يضمن الجاني الفرق بين القيمتين(٢)، وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، إذ نصت المادة ٩١٨ على ما يأتي: «إذا هدم أحد عقار غيره كالحانوت والخان، فصاحبه بالخيار: إن شاء ترك أنقاضه للهادم،

---

(١) الوسيط للسنهوري: ص٩٣٦ وما بعدها، موجز نظرية الالتزام للدكتور حجازي: ص٤٨٩ وما بعدها، نظرية القانون للدكتور محمد علي إمام: ص٣٦٧.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم وشرحه للحموي: ٢/ ٩٧، جامع الفصولين: ٢/ ١٢٨، المحلى ٨ مسألة ١٢٦١، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٢٧٥، قواعد الأحكام: ١/ ١٥٤، مذكرة عن المعاملات للأبياني: ص١٩٠، النظرية العامة للموجبات للمحمصاني: ١/ ٢١٧.

وضمنه قيمته مبنياً، وإن شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الأنقاض، وضمنه القيمة الباقية، وأخذ هو الأنقاض، ولكن إذا بناه الغاصب كالأول يبرأ من الضمان».

هذا مع العلم بأن هدم الحائط أو البناء موجب للضمان إذا لم يكن هناك ضرورة لهدمه، فإن كانت ضرورة لذاك كأن وقع حريق في مكان ولزم هدم دار أو جدار لئلا يمتد الحريق، فإن حدث الهدم بإذن الحاكم فلا ضمان، وإذا هدم من غير إذن الحاكم ضمن الهادم.

ب- قلع الأشجار: يعد قطع الأشجار أو قلعها أو قطع غصن منها مثلَ إتلاف المباني عند الحنفية، فيخير صاحبها بين أن يتركها للمعتدي ويأخذ قيمتها مغروسة، وبين أخذها وتضمينه باقي القيمة. وتقوم الشجرة المتلفة بين قيمتها مغروسة وقيمتها مقطوعة، أو يقوم النقص الحادث فيها بإتلاف غصن منها أو بعض ثمارها، ويدفع المعتدي الفرق القائم بينهما[1]. وقد أخذت المجلة بهذا، فنصت المادة (٩٢٠) على ما يأتي: «لو قطع أحد الأشجار التي في روضة غيره بغير حق، فصاحبها مخير: إن شاء أخذ قيمة الأشجار قائمة، وترك الأشجار المقطوعة للقاطع، وإن شاء حط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة، وأخذ المبلغ الباقي والأشجار المقطوعة، مثلاً: لو كان قيمة الروضة حال كون الأشجار قائمة عشرة آلاف، وبلا أشجار خمسة آلاف، وقيمة الأشجار ألفين، فصاحبها بالخيار: إن شاء ترك الأشجار المقطوعة للقاطع، وأخذ خمسة آلاف، وإن شاء أخذ ثلاثة آلاف والأشجار المقطوعة».

جـ- قلع عين الحيوان: عرفنا سابقاً أن الحيوان من الأموال القيمية التي تجب القيمة بإتلافها، لكن اختلف الفقهاء خاصة في قلع عين الدابة.

فقال مالك والشافعي وأبو يوسف وداوود الظاهري، وأحمد في رواية راجحة عنه: إن ضمان ما يتلف من أجزاء الدابة هو ما ينقص من قيمتها لا فرق في ذلك بين نوع ونوع من الحيوان، لأن الأصل بقاء ما بقي على ملك المالك.

---

(١) جامع الفصولين: ١٢٧/٢، الأبياني والمحمصاني، المكان السابق، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص١٩٧.

وقال جمهور الحنفية: يجب ما نقص من قيمة الشاة بفقء عينها، لأن المقصود منها اللحم، فلا يعد إلا النقصان، وفي بقية أنواع الحيوان يجب ربع القيمة، لأنه عليه السلام «قضى في عين الدابة بربع القيمة»[١] وهكذا قضى عمر رضي الله عنه، وبه أفتى الإمام أحمد في رواية أخرى عنه، ولأن في هذه الحيوانات مقاصد أخرى سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والعمل والجمال[٢].

مقارنة: إن الأصل العام في القانون المدني هو التنفيذ العيني عند الإمكان، فإن تعذر فيلجأ إلى التعويض النقدي، وقد نص على ذلك[٣]:

١- يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و٢٢٠ مصري (٢٢٠ و ٢٢١ سوري) على تنفيذ التزامه عيناً، متى كان ذلك ممكناً.

٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً. وتطبيقاً لهذا النص يحكم في حالة هدم العقار بإعادة بنائه أو بالتعويض النقدي، وفي قطع الأشجار أو قلع عين الحيوان يحكم بالتعويض النقدي.

المطلب السادس: النزول عن الحق في التعويض

النزول عن الحق في التعويض إما أن يكون قبل وقوع الضرر وإمّا بعد وقوع الضرر. أما بعد وقوع الضرر فلا مانع شرعاً، فيجوز لصاحب الحق التنازل عن حقه، وهذا مبدأ مقرر في الإسلام؛ إذ إن صاحب الحق له سلطة كاملة على حقه، فله إسقاط حقه بالإبراء، والإبراء مشروع: وهو إسقاط شخص ماله من حق عند شخص آخر، فإذا كان إنسان مديناً بمبلغ من النقود، فقال له الدائن: أبرأتك مما لي عليك من الدين، سقط حقه، وزال الدين الذي في ذمة المدين.

---

(١) رواه الطبراني في معجمه من حديث زيد بن ثابت (نصب الراية: ٤/ ٣٨٨).

(٢) الهداية: ٤/ ١٦٣ وما بعدها، درر الحكام: ٢/ ١١٤، الفروق ٤/ ٣٠، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ٢٥٨/١١ وما بعدها، المهذب: ٢/ ٢٠١، بداية المجتهد: ٢/ ٤١٨، المغني: ٥/ ٢٢٩، الإفصاح: ص٢١٨ وما بعدها، الميزان: ٢/ ٨٨، المحمصاني، المرجع السابق: ٢١٨/١.

(٣) راجع المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري، والمادة ٢٠٤ من القانون المدني السوري.

ويسمى هذا النوع من الإبراء إبراء الإسقاط.

وأما قبل وقوع الضرر: فيجوز في العقود الاتفاق على التنازل عن الحق في التعويض عن الأموال والحقوق المادية، أو التخفيف من المسؤولية، أو التشديد فيها، إذ لا مانع شرعاً من الاتفاق على مضاعفة الغرامة بسبب الإخلال بالتزام تعاقدي، ويجب الوفاء بالشرط المتفق عليه.

وأما في المسؤولية التقصيرية عن الأعمال غير المشروعة، سواء في الأموال أم في الجنايات على الأنفس، فلا يعتد شرعاً بالاتفاق أو الإذن بالاعتداء إذا كان المال للغير، ويكون مضموناً بالإتلاف، أما المال الخاص وإن كان يحرم شرعاً إتلافه أو الأمر بإتلافه، فإنه لا يضمن حينئذ. وهذا ما تدل عليه عبارات الفقهاء في القواعد والأمثلة الآتية:

-«إذا أمر شخص إنساناً بأخذ مال الغير، فالضمان على الآخذ؛ لأن الأمر لم يصح، وفي كل موضع لا يصح الأمر، لا يجب الضمان على الآمر»(١).

-«ما حرم فعله حرم طلبه»، «الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل».

-«لا ينفذ أمر القاضي إلا إذا وافق الشرع»، «ليس للإمام أن يملك أحداً إلا ما ملكه الله، وإنما وظيفة الإمام القسمة بالعدل»، «ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»(٢).

-«لو أمر إنسان عبد غيره، فقال له: اقتل نفسك، ففعل، يضمن الآمر قيمته».

-«لو خرق ثوب إنسان بأمر غيره، ضمن المخرق لا الآمر»(٣).

-«لو قال: اقتلني، فقتله بسيف، فلا قصاص وتجب الدية في ماله في الصحيح استحساناً، لأن الإباحة لا تجري في النفس، وسقط القوَد (أي القصاص) لشبهة الإذن».

---

(١) مجمع الضمانات: ص١٥٨.
(٢) مجامع الحقائق: ص٣٢٨، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٠٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٥٨/١، رد المحتار: ٢٨١/٣.
(٣) مجمع الضمانات، المكان السابق.

-«وكذا لو قال: اقتل أخي أو إبني أو أبي، فتلزمه الدية استحساناً».

-«ولو قال: بعتك دمي بفلس أو بألف، فقتله، يقتص منه لأنه بيع باطل، وهو ليس بإذن بالقتل، فليس كقوله: اقتلني».

-«ولو قال: اقطع يده، فقطع يده، يقتص منه، إذ ليس أمره مسقطاً للقصاص».

-«ولو قال لآخر: اقطع يدي، فإن كان بعلاج، كما إذا وقعت في يده أكلة، فلا بأس به، وإن من غير علاج، لا يحل، ولو قطع في الحالين، فسرى إلى النفس - أي أدى ذلك إلى الوفاة - لا يضمن»[١].

مقارنة: هذه الأحكام المقررة تتفق في جملتها مع أحكام القانون الوضعي، إذ يجوز بلا شك النزول عن الحق في التعويض بعد وقوع الضرر، أما قبل وقوع الضرر فهذه هي مسألة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو التخفيف منها، وقد نص القانون المدني في سورية ومصر على حكم هذه الاتفاقات، فقال في المادة ٢١٧ مصري، ٢١٨ سوري/ ٣: «ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع» ويمكن تسويغ ذلك بأن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام.

فالإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو التخفيف منها باطل لمخالفته للنظام العام، أما الاتفاق على التشديد فهو جائز، يدل لصحته ما نصت عليه نفس المادة المذكورة/ ١: «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة» وحينئذ تتعلق المسألة بتحمل التبعة لا بالمسؤولية، لأن وجود الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة ينفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ومن ثم لا تتحقق المسؤولية[٢].

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٣٨٨ وما بعدها.

(٢) الوسيط للسنهوري: ص٩٧٧ وما بعدها، موجز نظرية الالتزام لحجازي: ص٥٠٩ وما بعدها.

الفصل الثاني

آفاق الضمان

نتكلم في هذا الفصل على آفاق الضمان في مظانه المختلفة، سواء أكانت اليد يد أمانة أم يد ضمان، وسواء أكان الضمان ناشئاً عن عقد أم عن وضع يد فقط كما في الغصب والإتلاف، فالإتلاف موجب للضمان سواء في يد الضمان أم في يد الأمانة لقوة الإتلاف[1]. وذلك يقتضي قسمة هذا الفصل إلى المباحث الآتية، ونبدأ بالأول منها:

المبحث الأول : محل الضمان: الأمانات والمضمونات

حدد ابن رشد المالكي محل الضمان فقال: وأما ما يجب فيه الضمان: فهو كل مال أتلفت عينه، أو تلفت عند الغاصب (أي أو عند غيره) عينه بأمر من السماء أو سلطت عليه اليد، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق. واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار، فقال الجمهور: إنها تضمن بالغصب، أعني أنها إن انهدمت الدار، ضمن قيمتها. وقال أبو حنيفة: لا يضمن. وسبب اختلافهم: هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول؟ فمن جعل حكم ذلك واحداً، قال بالضمان. ومن لم يجعل حكم ذلك واحداً، قال: لا ضمان[2].

---

(١) شرح المحلي للمنهاج مع حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ٣٠.
(٢) بداية المجتهد: ٢/ ٣١١، تهذيب الفروق: ٢/ ٢٠٣.

وقال ابن القيم: إن محل الضمان: هو ما قبل المعاوضة[١] أي أن يكون قابلاً للبيع والشراء، فالملاهي والأصنام والخمور والخنازير غير مضمونة شرعاً، لأنها لا تقبل المعاوضة؛ لأن النبي ﷺ قال: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»[٢] وقال: «إن الله إذا حرم شيئاً، حرم ثمنه»[٣] وقد شرحنا ذلك في شروط الضمان.

وإذا أردنا تعميم معنى الضمان فنقول: المضمونات قسمان:

١- ما ليس بمال وهم البشر، فيضمنون بالجناية على النفس أو الأعضاء إما بالمباشرة وإما بالتسبب.

٢- ما هو مال: وينقسم إلى **أعيان ومنافع وزوائد ونواقص وأوصاف**[٤]. وتضمن الأموال بتلفها أو إتلافها تحت يد عادية، والمراد باليد العادية: الضامنة، وإن لم يكن صاحبها متعدياً، حتى يشمل التعريف المستام (أي القابض على سوم الشراء) والمستعير عند الفقهاء القائلين بأن يده يد ضمان[٥].

أولاً - أما **الأعيان** فنوعان: أمانات ومضمونات، وتضمن الأمانات في حالة التعدي أو التقصير كإهمال حفظ الوديعة مما أدى إلى تلفها أو ضياعها أو سرقتها، وحينئذ لا تبقى أمانة بل تكون مغصوبة. فإن هلكت بلا تعد فلا شيء في مقابلتها.

والمضمونات: يجب ضمان تلفها أو إتلافها في كل الحالات، حتى ولو كان التلف قضاء وقدراً.

والأمانات: هي التي يجب تسليمها بذاتها، فإذا هلكت لا تضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير، وهو نوعان:

---

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ص٢٧٣.

(٢) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة (الجماعة) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

(٣) رواه أحمد وأبو داوود من حديث ابن عباس بلفظ «إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء، حرم عليهم ثمنه».

(٤) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ١١/٢٥٦، قواعد الأحكام: ١/١٥٢ وما بعدها.

(٥) نهاية المحتاج: ٤/١١٦.

١- أمانة حصلت في يد المؤتمن برضا صاحبها، وحكمها أنه لا يجب أداؤها إلا بعد المطالبة بها، مثل الودائع، والعواري عند الحنفية والمالكية، والهبات، وأموال الشركات والمضاربات والوكالات والعين المؤجرة، حالة بقاء عقودها قائمة.

ويحصل الرضا أو الإذن بها إما بعقد، أو بإذن شرعي كاللقطة، أو بإذن عرفي كالمنقذ لمال غيره من التلف ونحوه.

٢- أمانة حصلت في يد المؤتمن من دون رضا صاحبها، وحكمها أنه يجب المبادرة إلى ردها مع العلم بمستحقها والتمكن منه، ولا يجوز التأخير مع القدرة على الرد، مثل اللقطة إذا علم صاحبها، أو الشيء المودع والمرهون ومال المضاربة ونحوها في حالة ما إذا مات المؤتمن، وانتقلت الأمانة إلى وارثه، فلا يجوز له حينئذ إمساك الشيء عنده من دون إذن، لأن المالك لم يرض به.

ومثله أيضاً: الثوب الذي طيرته الريح إلى دار إنسان أو حجره، لا يجوز له إمساكه مع العلم بصاحبه.

وينطبق ذلك أيضاً على الأمانات بعد فسخ عقودها كالإيداع والوكالة والشركة والمضاربة، فإنه يجب على المؤتمن ردها إلى أصحابها فوراً لزوال الائتمان[١].

ثم إن **الحنفية** من أجل تحديد الملزم بالتسليم قسموا العين التي هي أمانة إلى واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الأجير، وغير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات[٢].

والأعيان المضمونة عند الحنفية من ناحية الالتزام برد المثل أو القيمة نوعان:

١- عين مضمونة بنفسها أي في حد ذاتها: وهي التي يجب ضمان ردها بعينها ما دامت موجودة، فإن هلكت وجب الإتيان بمثلها إن كان لها مثل، وإلا فعليه قيمتها.

وعلى هذا فتكون العين مضمونة في حد ذاتها، بقطع النظر عن عوارض أخرى،

---

(١) القواعد لابن رجب: ص٥٣ وما بعدها، ٥٥ نهاية المحتاج للرملي: ١١٤/٤، شرح الأشباه والنظائر للحموي: ٢١١/٢.

(٢) البدائع: ٧/٦، مجمع الضمانات: ص٢١٧.

كالمغصوب والمهر وبدل الخلع إذا كان عيناً لا ديناً[(١)]، والمقبوض ببيع فاسد، والمقبوض على سوم الشراء[(٢)].

٢- عين مضمونة بغيرها: هي العين التي يجب تسليمها ما دامت موجودة، فإذا هلكت لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها. فهي إذن ليست بمضمونة، ولكنها تشبه المضمونة، كالمبيع قبل قبض المشتري له مضمون بالثمن، والمرهون مضمون بالدين. فإذا هلك المبيع قبل القبض، لا يجب على البائع أو غيره شيء لا المثل ولا القيمة. ولكن يسقط الثمن عن ذمة المشتري، وهو غير المثل والقيمة وإذا هلك المرهون لا يجب على الدائن المرتهن شيء للمدين، ولكن يسقط من الدين عن الراهن بمقدار الأقل من الدين والمرهون. فبمجرد هذا الاعتبار وهو حدوث مقاصة بين الدين والمرهون أو المبيع والثمن، سميت العين بالعين المضمونة بغيرها، فكأن ذلك من قبيل المشاكلة والمشابهة للمضمونات بنفسها[(٣)].

---

(١) السائد أن الدين هو المال المفترض، والمقصود به هنا أعم من ذلك وهو ما يقابل كلمة «العين» والعين: هي الشيء المعين المشخص بذاته كجدار وكرسي وقلم. والدين: هو ما يثبت في الذمة كمقدار من النقود في ذمة إنسان؛ سواء أكان التزامه عن عوض مالي كالقرض وثمن المبيع، أو لزمه بالتزامه كالكفالة والمهر وعوض الخلع، أو لزمه بغير التزامه كبدل المتلف ونفقة الأقارب والزوجات. قال ابن رجب الحنبلي: لا يجب أداء الدين من دون مطالبة المستحق إذا كان آدمياً. ما لم يكن قد عين له وقتاً للوفاء، فإن عين وقتاً كيوم كذا، فلا ينبغي أن يجوز تأخيره عنه، لأنه لا فائدة للتوقيت إلا وجوب الأداء فيه من دون مطالبة. وأما إن كان الدين لله عز وجل فالمذهب (أي الحنبلي) أنه يجب أداؤه على الفور، لتوجه الأمر بأدائه من الله عز وجل، مثل الزكاة والكفارات والنذور (القواعد: ص٥٣).

(٢) المقبوض على السوم نوعان: مقبوض على سوم النظر، ومقبوض على سوم الشراء. وهو أن يقبض الإنسان شيئاً لينظره أو ليشتريه، فإن بين البائع للمقبوض ثمناً، كان المقبوض مضموناً بالقيمة على القابض، وهذا هو المقبوض على سوم الشراء، وهو مضمون. وإن لم يبين البائع ثمن السلعة، فيكون أمانة في يد القابض، وهو المقبوض على سوم النظر، وهو أمانة فقط (راجع الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ٥٢ وما بعدها، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب: ٢/ ١٥٠، مجمع الضمانات: ص٢١٣، ٢١٧، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص٩٦، وانظر المادتين ٢٩٨، ٢٩٩ من المجلة).

(٣) رد المحتار: ٥/ ٣٤٠، البدائع، شرح الأشباه للحموي، مجمع الضمانات: المكان السابق، تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٤٠٩ الطبعة الأولى، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص٣٤٩.

والأعيان المضمونة عند **المالكية** إما أن تكون:

أولاً- بسبب العدوان كالمغصوبات والمسروقات ونحوها.

ثانياً- أو بسبب قبض بغير عدوان بل بإذن المالك كقبض المبيع الذي يصبح المشتري بقبضه ضامناً له، أو بقاء يد البائع، فإن المبيع يكون من ضمان البائع قبل القبض، وكقبض المبيع بيعاً فاسداً فإنه من ضمان المشتري، ويضمن عندهم بالقيمة إذا تغير في ذاته، أو تغير سوقه، أو تعلق به حق الغير، أو تلف بآفة سماوية، أو أتلفه المشتري، وكقبض العواري والرهون التي يغاب عليها (أي يمكن إخفاؤها) كالحلي والسلاح وأنواع العروض التجارية، وكقبض الأعيان التي تقترض، فإن المقترض يضمنها[١].

ومثل هذا التقسيم موجود عند **الشافعية**، وقد عدد **السيوطي الشافعي** أنواع المضمونات التي يفهم منها ذلك وهي ستة عشر، منها[٢]:

١- الغصب.

٢- الإتلاف بلا غصب.

٣- اللقطة إذا جاء مالكها بعد التملك وهي تالفة.

٤- المقبوض بالشراء الفاسد إذا تلف.

٥- القرض.

٦- العارية.

٧- المستام أو المقبوض بسوم، كأن يأخذ سلعة ليتأملها هل تعجب فيشتريها، أو لا، فيردها، فإذا تلفت في يد القابض، ضمنها كما ذكرنا قريباً.

ودليل الضمان في هذه الحالات ونحوها هو قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» فقوله: «على اليد ما أخذت» أي ضمان ذلك، لأن الكلام بعد التلف. وقوله: «حتى تؤديه» أي إلا أن تؤديه، وهو استثناء منقطع؛ لأنه من الضمان بعد التلف.

---

(١) الفروق: ٢/ ٢٠٧.

(٢) الأشباه والنظائر: ص٢٧٥ وما بعدها، وراجع حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب: ٢/ ١٥٠، المجموع للنووي: ٩/ ٣٠٧.

وقال **الحنابلة**: الأعيان المضمونة وهي التي يجب ضمانها بالتلف والإتلاف بكل حال: تجب المبادرة إلى ردها في كل الأحوال، سواء أكان حصولها بيد الضامن بفعل مباح أم محظور.

فالأول كالعواري إذ هي مضمونة عندهم، فيجب ردها إذا استوفى المستعير منها الغرض المستعار له، سواء طالبه المالك أم لم يطالب، لأنها عندهم من المضمونات فهي شبيهة بالمغصوب.

والثاني كالمغصوب والمقبوض بعقد فاسد ونحوهما[١].

والخلاصة أن تقسيم الأعيان المضمونة عند غير الحنفية واحد وهو إما أن يكون الضمان بسبب العدوان أو التعدي[٢] وإمّا بسبب قبض مأذون فيه.

هل العقارات من الأعيان المضمونة؟

يضمن المنقول ضمان يد أو حيازة بالتعدي عليه بالنقل والتحويل باتفاق الفقهاء، وأما العقار فإنه ثار في شأن ضمانه باليد اختلاف بين الفقهاء، وبرز الخلاف في الغصب:

---

(١) القواعد لابن رجب: ٢/ ٥٤، ٣٠٨، وانظر المغني: ٤/ ٣١١.

(٢) يلاحظ أن التعدي أعم من الغصب، لأن التعدي يمكن أن يكون في الأموال والأعراض والنفوس. وأما الغصب فهو خاص بالأموال. ويفترق التعدي عن الغصب من نواح عدة: منها أن الغاصب يضمن الفساد اليسير ويجيز للمالك أخذ قيمة المغصوب إن شاء، أما المتعدي فلا يضمن إلا الفساد الكثير؛ أي الضرر الكثير. وليس للمالك إلا أخذ مقابل النقص الحاصل بالمتعدى عليه. ومنها أن المتعدي لا يضمن الآفة السماوية أي القوة القاهرة، وأما الغاصب فيضمنها.
ومنها: أن المتعدي يضمن غلة ما عطل، بخلاف الغاصب إنما يضمن غلة ما استعمل.
ومنها: أن الغاصب يضمن عند الشافعية قيمة الشيء من أول يوم حدث فيه الغصب، والمتعدي يضمن القيمة يوم التعدي.
ومنها: أن الغاصب لا يضمن عند المالكية النقص الحادث بسبب تغير الأسعار، أما المتعدي فيضمن النقص الحادث بسبب تغير السعر (راجع القوانين الفقهية: ص٣٣١ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٣/ ٤٥٣، ٤٥٩، ط البابي الحلبي، التعليقات على الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٢٧٨، الفروق للقرافي: ٤/ ٣١ وما بعدها).

فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إنه لا يتصور غصب العقار، لكن إذا أتلفه الغاصب، ضمنه بالإتلاف. وتعليل ذلك أنه لم يتحقق معنى الغصب وهو (إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال)، لأن العقار ما زال موجوداً في محله بلا نقل وتحويل، وإبعاد المالك عن عقاره فعل في المالك لا في العقار، وهذا المعنى لا يوجب الضمان، كما لو حال شخص بين المالك ومتاعه أو ماشيته، فتلف ذلك، والحيلولة كما عرفنا سابقاً ليست من أسباب أو مصادر الضمان عند الحنفية.

وقال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، ومحمد صاحب أبي حنيفة: إنه يتصور غصب العقار كالأراضي والدور، ويجب على غاصبها، لوجود الانتفاع بها على وجه التعدي، وهي الغاية المطلوبة من الاستيلاء، والتعدي أحد أركان الضمان كما بينا سابقاً، ولأن معنى الغصب (وهو الاستيلاء على حق الغير عدواناً، أو إزالة يد المالك عن ماله من دون إذنه) متحقق حينئذ، ولأن ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمنقول، ولأنه يمكن الاستيلاء على الشيء بأن يحول بينه وبين مالكه، مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها، فأشبه ذلك ما لو أخذ الدابة والمتاع، والحيلولة أو الأخذ عدواناً موجب للضمان.

ويدل لهذا الرأي الأرجح في تقديرنا قوله ﷺ: «من ظلم قيد شبر من الأرض، طُوِّقه يوم القيامة من سبع أرضين» وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض».

ويتضح أثر الخلاف فيما إذا غصب إنسان داراً أو أرضاً، فانهدم شيء من البناء، أو جاء سيل، فذهب البناء والأشجار، أو غلب الماء على الأرض، فبقيت مغطاة بالماء، فلا ضمان على الغاصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ أي لا يجب عليه ضمان القيمة، وإنما يجب عليه فقط رد المغصوب لصاحبه ما دام موجوداً، وأما عند جمهور الفقهاء فعليه الضمان، وهو الراجح، لذا قال متأخرو الحنفية: في غصب العقار، والدور الموقوفة، ومنافع الوقوف: يفتى بالضمان.

وإذا غصب شخص عقاراً، فجاء إنسان، فأتلفه، فالضمان على المتلف عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وفي رأي الآخرين: يخير المالك بين تضمين الغاصب أو المتلف، فإن اختار تضمين الغاصب، فله أن يرجع بعدئذ بالضمان على المتلف؛

لأنه دفع عنه ديناً واجباً عليه، وإن اختار تضمين المتلف، لا يرجع على أحد، لأنه ضمن فعل نفسه.

واتفق العلماء على أن الغاصب ضامن إذا أتلف العقار المغصوب بفعله أو بسبب فعله، كهدم حيطان الأرض، وتغريقها، وكشط ترابها، وإلقاء الحجارة فيها، أو نقص شيء في غرس الأرض أو بنائها، ففي كل هذه الحالات يكون الغاصب ضامناً للقيمة، لأنه متلف، والعقار يضمن بالإتلاف باتفاق الفقهاء[١].

هذه هي الأعيان المضمونة وغير المضمونة.

ثانياً - وأما المنافع فهل هي مضمونة أم لا؟

كذلك اختلف متقدمو الحنفية مع جماهير العلماء في ضمان منافع الأشياء المباحة[٢] التي تستباح بعقد الإجارة، كالسكنى والاستخدام والركوب والزراعة واللبس ونحو ذلك. وأما ما لا يستباح بعقد الإجارة وهو ما لا تستحق منافعه بعوض كالغنم والشجر والطير، فإنه لا ضمان لمنافعه اتفاقاً.

وقد برز الخلاف أيضاً في غصب منافع العقار:

قال أئمة الحنفية: المنافع ليست أموالاً، لكن يمكن تملكها، لأن المال عندهم

---

(١) راجع الموضوع في البدائع: ١٤٦/٧، تكملة فتح القدير: ٣٦٨/٧ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٥/ ٢٢٤، اللباب شرح الكتاب: ١٨٩/٢، رد المحتار والدر المختار: ٥/ ١٣٠ وما بعدها، جامع الفصولين: ١٢٨/٢، مجمع الضمانات: ص١٢٦، بداية المجتهد: ٢/ ٣١١، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٤٤٣، مغني المحتاج: ٢/ ٢٧٥، المهذب: ١/ ٣٦٧، المغني: ٥/ ٢٢٣، الإفصاح: ص٢١٩، الميزان: ٢/ ٩٠، القواعد لابن رجب: ص٢٠٧.

(٢) المنافع نوعان: أحدهما - منفعة محرمة كمنافع الملاهي والصور المحرمة والنجاسات والحيوانات المحرم أكلها، وكل ما يتصل بالأعراض بالطرق غير المشروعة من لمس ومس وتقبيل وضم وزنا، وهذه لا ضمان لها لحقارتها، إلا أنه يجب دفع مهر المزني بها بالإكراه أو بوطء فيه شبهة.

النوع الثاني: أن تكون المنفعة مباحة متقومة، وهذه يجب ضمانها عند جمهور الفقهاء في العقود الفاسدة والصحيحة والأيدي العادية (أي الضامنة) بالغصب أو الإتلاف ونحوهما، لأن الشرع قد قومها ونزلها منزلة الأموال، لأن المنافع هي الغرض الأظهر المقصود من جميع الأموال (راجع قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: ١/ ١٥٤ وما بعدها).

مقصور على الأشياء المادية، والمنافع ليست ذات وجود مادي، وإنما هي أعراض متجددة تحدث شيئاً فشيئاً على مرّ الزمن، لذا فإنه لا يمكن أن يرد عليها الغصب، ولا تضمن بالتلف ضمان يد، لكن تكون مضمونة أي ذات قيمة، إذا عقد عليها عقد من العقود كالإجارة والزواج، فيصح تقويمها عندئذ للضرورة، ولرضا المتعاقدين، وبهذا الاتفاق أو التراضي تصبح مالاً متقوماً.

وبناء عليه: لا تضمن عندهم منافع المغصوب، سواء استوفاها الغاصب أم عطلها، فإذا كان المغصوب سيارة أو دابة مثلاً فلا يلزم بضمان أجر المثل مدة الغصب؛ إذ ليس للمنفعة مثل، فلا يمكن الحكم ببدلها، وإنما يؤاخذ الغاصب ديانة في الدار الآخرة، وليس هنا عقد حتى تصبح المنافع متقومة. وكذلك يضمن الغاصب نقصان المغصوب باستعماله إياه، ودليلهم على عدم تضمين المنافع: هو قول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»[١] أي إن الغنم بالغرم.

لكن وجه إلى رأي الحنفية بعدم اعتبار المنافع أموالاً نقد شديد[٢] لمجافاته المصلحة، وعدم تمشيه مع الواقع، وإهداره الحقوق، ولأن الأموال لا يحرص عليها إلا لمنافعها، فكيف لا تكون المنافع متقومة؟

وأمام هذا النقد، ونظراً لكثرة الغصوبات، وضعف الدين في النفوس ورعاية للمصلحة، وصوناً لأموال الضعفاء، أفتى متأخرو الحنفية بضمان منافع المغصوب، والإلزام بدفع أجر المثل عن مدة الاستعمال في ثلاثة أشياء: وهي أن يكون المغصوب مالاً موقوفاً للسكنى أو للاستغلال أو لغيرهما، أو مال يتيم، أو معداً للاستغلال بأن بناه صاحبه لذلك، أو اشتراه لذلك، أو آجره أكثر من ثلاث سنين متتابعة، بشرط استعمال المعد للاستغلال بغير تأويل ملك أو عقد، فإذا استعمل بتأويل ملك، كما لو سكن أحد الشركاء بيتاً مشتركاً من دون إذن الشريك الآخر، فلا أجر عليه لأنه استعمله على أنه ملكه؛ لأن حق السكنى في الدار المشتركة

---

(١) سيأتي في بحث القواعد الفقهية تخريج هذا الحديث وبيان سببه.

(٢) انظر المدخل لنظرية الالتزام للأستاذ الزرقاء: ص٢٠٧ ف١٣٦، المسؤولية المدنية والجنائية في الإسلام للأستاذ محمود شلتوت: ص٩ وما بعدها.

يجعلها كالمملوكة لكل واحد من الشريكين، وإلا تعذر عليه الانتفاع بملكه. وكذلك لو استعمل بتأويل عقد، كما إذا سكن المرتهن في البيت المرهون، بأن استأجره سنة بأجر معلوم ثم سكنه سنتين، فلا شيء عليه لأنه لم يسكنه ملتزماً للأجر[1].

وهذه الاستثناءات تصلح أساساً للقول بعموم الحكم بضمان جميع المنافع. وقد التزمت المجلة مذهب الحنفية بكل ما جاء فيه مع هذه الاستثناءات (انظر المواد ٥٩٦-٥٩٩).

وقال **المالكية**: تضمن منافع الأموال من دور وأرض بالاستعمال فقط، ولا تضمن حالة الترك، أي تضمن بالتفويت دون الفوات.

هذا إذا غصب ذات الشيء فيضمن المنفعة بالاستعمال. أما إذا غصب المنفعة فقط، فيضمنها بمجرد فواتها على صاحبها وإن لم يستعملها كأن يغلق الدار ويحبس الدابة ونحوهما[2].

وقال **الشافعية والحنابلة**: تضمن منافع الأموال التي يستأجر المال من أجلها بالغصب أو بالتعدي، سواء استوفى الغاصب المنافع أو تركها حتى ذهبت[3]؛ لأن المنافع أموال متقومة كالأعيان، ولأن «الغرض الأظهر من جميع الأموال هو منفعتها» على حد تعبير العز بن عبد السلام، والناس يعتادون تمول المنفعة

---

(١) المبسوط: ١١/٧٨، ٨٠، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٩٤، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٢٣٣ وما بعدها، الدر المختار: ٥/ ٣١، ١٤٤-١٤٦، الهداية: ٣/ ١٦٩، درر الحكام: ٢/ ٢٦٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ١٠٠ وما بعدها.

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٣/ ٤٤٨، ٤٥٢، ٤٥٤ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢/ ٣١٥، شرح الرسالة: ٢/ ٢٢٠ وقارن المسؤولية المدنية والجنائية لأستاذنا الشيخ محمود شلتوت: ص٩، وفصول من الفقه الإسلامي للزميل فيض الله: ص٢٦، حيث جعل الأول مذهب المالكية كالحنفية في أن المنافع لا تضمن، والثاني أطلق ضمان المنافع عند المالكية، والتحقيق ما ذكرناه من تفصيل.

(٣) عبارة الفقهاء في هذا: تضمن المنافع بالتفويت والفوات في يد عادية، والمقصود بالتفويت: استيفاء المنفعة كمطالعة الكتاب وركوب الدابة، وشم المسك، ولبس الثوب، والمقصود بالفوات في يد عادية: هو ترك المنافع تضيع سدى من دون استيفاء، كإغلاق الدار دون إسكان أحد فيها (انظر مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٦).

بالاتجار فيها، فإن أعظم الناس تجارة هم الباعة، والمنفعة رأس مالهم، وأثمان الأشياء تقدر بمنافعها، ولأن الشرع عدّ المنفعة مالاً؛ إذ أجاز جعلها مهراً في عقد الزواج، وذلك بعموم ما دلت عليه الآية القرآنية: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٤/ ٢٤].

وعلى هذا، فإن قيمة المنفعة المستولى عليها بالتعدي تكون مضمونة بأجرة المثل، لضياع المنفعة على صاحبها[١]. وهذا ما أخذ به القانون المدني الذي يقضي بضمان أجر مثل العقارات المغصوبة، والتعويض عن كل ضرر يلحق المالك بسبب ضياع منافع ماله المغصوب عليه.

ثالثاً - الزوائد:

اختلف الفقهاء أيضاً في ضمان نماء أو غلة أو زوائد المغصوب على قولين: قول بالضمان، وآخر بعدم الضمان، الأول هو رأي الشافعية والحنابلة، والثاني رأي الحنفية والمالكية.

قال الحنفية، والمالكية في الراجح عندهم: إن الزيادة الحادثة في المغصوب في يد الغاصب، سواء أكانت متصلة به كالسمن والجمال، أم منفصلة عنه كالولد واللبن وثمرة البستان والصوف ونحو ذلك، أمانة في يد الغاصب، فإن هلك فلا ضمان عليه، إلا بالتعدي عليها كالإتلاف أو الأكل أو البيع، أو بالامتناع عن أدائها بعد طلبها من مالكها؛ لأن الزيادة ليست مغصوبة لفقدان شرط الإزالة من يد المالك، لأنها لم تكن في يده وقت الغصب[٢].

وقال الشافعية والحنبلية: زوائد المغصوب في يد الغاصب مضمونة ضمان

---

(١) مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٦، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ١١/ ٢٦٢، قواعد الأحكام: ١/ ١٥٢ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص٢١٣، المغني: ٥/ ٢٢٧، المهذب: ١/ ٣٦٧.

(٢) المبسوط ١١/ ٥٤، البدائع: ٧/ ١٦٠، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٢٣٢، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٨٨، الدر المختار: ٥/ ١٤٣، القدوري مع شرحه اللباب: ٢/ ١٩٤، القوانين الفقهية: ص٣٣٠، بداية المجتهد: ٢/ ٣١٥ وما بعدها.

الغصب إذا تلف شيء منها في يده، سواء أكانت الزيادة متصلة مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها، أم منفصلة كثمرة الشجرة وولد الحيوان؛ لأن الزوائد ملك للمغصوب منه، وقد صارت في يد الغاصب بالغصب، فتضمن بالهلاك أو التلف كأصلها الذي تولدت منه، باعتبار أن الغاصب تسبب في ذلك بسبب محظور وهو الغصب[١].

رابعاً - النواقص:

اتفق الفقهاء على مبدأ ضمان النقصان الحادث في الأموال بسبب الغصب أو الإتلاف ونحوهما من أنواع الأيدي العادية (أي الضامنة) عمداً أو خطأً أو تقصيراً، وسنذكر هنا أهم حالات النقصان المادي بسبب الغصب وحكمها في كل مذهب فقهي كنموذج للبحث، لأن ضمان الغصب - على حد تعبير الحنفية - ضمان جبر الفائت، فيتقدر بقدر الفوات، ومن نقص في يده شيء فعليه ضمان النقصان[٢].

١- **مذهب الحنفية**: قال فقهاء الحنفية[٣]: إما أن يكون النقص بفوات جزء من العين يسيراً وإمّا كبيراً فاحشاً، فإذا كان يسيراً ضمن الغاصب قدر النقصان، وتظل العين المغصوبة ملكاً لمالكها، وإذا كان فاحشاً فللمالك تضمين الغاصب جميع قيمة الشيء، وذلك سواء أكان النقص حادثاً بآفة سماوية أم بفعل الغاصب، نصت المادة ١٩٧ من المجلة على ما يأتي: «لو أطرأ أحد على مال غيره نقصاناً من جهة القيمة يضمن نقصان القيمة».

واختلفوا في تقدير اليسير، والكثير الفاحش، فقال بعضهم: الفاحش: هو

---

(١) مغني المحتاج: ٢/ ٢٩١، المهذب: ١/ ٣٧٠، كشاف القناع: ٤/٦٦، المغني: ٥/ ٢٤٠، الإفصاح: ص٢١٨.

(٢) البدائع: ٧/ ١٥٥، كتاب القدوري وشرحه اللباب: ٢/ ١٩٠.

(٣) كتاب القدوري مع اللباب: ٢/ ١٩٠ وما بعدها، المبسوط: ١١/ ٨٥، الهداية: ٤/ ١٢، البدائع: ٧/ ١٥٥، ١٥٨، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٦٩-٣٨٥، تبين الحقائق: ٥/ ٢٢٨ وما بعدها، رد المحتار والدر المختار: ٥/ ١٣١-١٣٦، مجمع الضمانات: ص١٣٣ وما بعدها.

ما أوجب نقصان ربع القيمة فصاعداً. واليسير: ما دون ربع القيمة، وهو ما يمكن إصلاحه. والرأي الصحيح أن الفاحش: ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة. واليسير: ما يفوت به بعض المنفعة أي تنقص منفعته فقط. والأولى ما أخذت به المجلة[1] وهو أن النقصان اليسير؛ ما لم يكن بالغاً ربع قيمة المغصوب. والنقصان الفاحش: ما كان مساوياً لربع القيمة أو أزيد.

وبناء على هذا يعرف حكم الأمثلة الآتية:

أ- من ذبح حيواناً مأكول اللحم لغيره كالشاة والجزور، أو قطع يده، فيخير المالك بين تضمين المعتدي جميع القيمة وترك الحيوان له، لأن ذلك إتلاف من بعض الوجوه لضياع أغراض معينة كالحمل والنسل والدر، وبين تضمين النقصان وأخذه هو، لبقاء بعض المعتدى عليه وهو اللحم.

ولو كانت الدابة غير مأكولة، فذبحها الغاصب أو قطع طرفها ضمن المعتدي جميع قيمتها، لوجود الاستهلاك الكلي.

وإذا اعتدى إنسان على حيوان فأحدث فيه عوراً أو شللاً، فإن المعتدي يضمن النقصان.

ب- من خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً، ضمن نقصانه، والثوب لمالكه، لبقاء العين كما هي، ووجود التعييب فقط. واليسير كما علمنا: ما فات به بعض المنفعة.

وإن خرق الثوب خرقاً كبيراً كأن قطعه قميصاً أو غيره بحيث يبطل جميع منفعته، فللمالك تضمين المعتدي جميع قيمته لأنه استهلاك كامل كالإحراق، أو تضمينه النقصان فقط لبقاء الثوب، وإضاعة بعض المنافع. والخرق الكبير أو الفاحش: ما فات به بعض العين وبعض المنفعة التي كانت مقصودة من الثوب.

جـ- من غصب ثوباً فصبغه بصباغ ما، فإن أنقص قيمته، ضمن الغاصب قيمة النقصان. وإن زاد في قيمته يخير المالك بين تضمين المعتدي قيمة الثوب غير المصبوغ، أو أخذه وضمانه للغاصب قيمة الزيادة.

---

(١) راجع المادة ٩٠٠ منها.

د- إذا تغيرت العين المغصوبة بنفسها كأن صار العنب زبيباً، أو الرطب تمراً، فإن المالك بالخيار: إن شاء أخذ الشيء، وإن شاء تركه، وضمن الغاصب قيمة النقصان.

وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب بحيث زال اسمها الأصلي وذهب أكثر منافعها المقصودة منها، ضمن الغاصب جميع قيمتها لمالكها، ولا يحل له الانتفاع بها شرعاً حتى يؤدي بدلها، كأن غصب شخص شاة فذبحها وشواها أو طبخها، أو غصب حنطة فطحنها، أو دقيقاً فخبزه، أو زيتوناً أو عنباً فعصره، أو خشباً فبنى عليه، أو غصب حديداً فاتخذه سيفاً أو آنية، أو غزلاً فنسجه ثوباً، أو قطناً فحلجه، أو اختلط المغصوب بغيره بحيث لا يمكن تمييزه عنه كاختلاط الحنطة بالحنطة، ففي كل هذه الحالات ونحوها يجب الضمان على الغاصب، ويتملك هو الشيء المضمون دون أن يحل له الانتفاع به قبل أداء الضمان للمالك أو الإبراء منه، أو تضمين القاضي له.

هـ- العقارات: إذا نقص شيء من العقار كانهدام الدار بفعل الغاصب أو سكناه، ضمنه باتفاق الحنفية، لأن ذلك إتلاف، والعقار مضمون بالإتلاف.

ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو زرعها، أو بنى عليها بناء، فللمالك أن يقول للغاصب: اقلع الغرس والبناء، ورد الأرض فارغة.

فإن كانت الأرض تنقص بقلع الشجر والبناء منها، فللمالك أن يضمن للغاصب قيمة البناء والغرس مقلوعاً، مراعاة لحقهما ودفعاً للضرر عنهما، بعد حسم أجور القلع، فإذا كانت قيمة الأنقاض عشرة مثلاً، وأجرة قلعها واحداً، ضمن المالك تسعة.

وإذا انتقصت الأرض بالزراعة غرم الغاصب قيمة النقصان؛ لأنه أتلف جزءاً من الأرض.

٢- **مذهب المالكية**: إذا نقص المغصوب عند الغاصب، فإن كان النقص بفعل الغاصب، فالمالك مخير بين أن يأخذ قيمة المغصوب يوم الغصب ويتركه للغاصب، وبين أن يأخذ الشيء المغصوب على حالته الناقصة، ويأخذ قيمة النقص الحادث بتقديرها يوم التعدي.

وإن كان النقص بآفة سماوية: فليس لصاحب المغصوب إلا أن يأخذه ناقصاً دون أن يأخذ قيمة النقص، أو يضمن الغاصب قيمة الشيء يوم الغصب[١]. والخلاصة أنه في الحالة الأولى تضمن قيمة النقصان، ولا تضمن في الحالة الثانية.

وكذلك ميَّز المالكية بين حالتي هدم البناء وقلع الشجر. فمن غصب أرضاً فبنى فيها، فصاحبها بالخيار بين هدم البنيان وإزالته ويأخذ الغاصب أنقاضه، وبين تركه على أن يعطي الغاصب قيمة أنقاض البناء من خشب وقرميد وغير ذلك، تقوَّم منقوضة بعد طرح أجرة القلع. وهذا موافق لمذهب الحنفية تماماً.

ومن غصب أرضاً، فغرس فيها أشجاراً لا يؤمر بقلعها خلافاً للحنفية، وللمغصوب منه أن يعطيه قيمتها بعد طرح أجرة القلع كالبنيان. أما إن غصب أشجاراً فغرسها في أرضه، فيؤمر بقلعها[٢].

٣- **مذهب الشافعية**: إذا نقص المغصوب نقصاناً مستقراً تنقص به القيمة، وجب رده إلى صاحبه وضمان أرش (أي تعويض) النقص، سواء أكان باستعمال الغاصب كأن بلي الثوب بلبسه أو ذبح الشاة أو كسر الإناء أو طحن الحنطة، أم بغير استعماله كطروء عماء على الحيوان ونحو ذلك من الأمراض[٣].

٤- **مذهب الحنابلة**: مذهب الحنابلة كالشافعية تماماً: يجب رد المغصوب إلى صاحبه وضمان أرش النقصان، أي مقدار نقص القيمة إذا كان نقصاً مستمراً كثوب تخرق وإناء تكسر، وحب سوس، وبناء خرب ونحو ذلك، لأنه نقص حصل في يد الغاصب، فوجب ضمانه[٤].

خامساً - الأوصاف:

الأوصاف المضمونة في المغصوب إما بسبب هبوط الأسعار أو فوات وصف مرغوب فيه:

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٣١٢، القوانين الفقهية: ص٣٣١، الفروق: ٤/ ٣٢.
(٢) القوانين الفقهية، المكان السابق.
(٣) مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٦، المهذب: ١/ ٣٦٩.
(٤) المغني: ٥/ ٢٢٨، ٢٤١.

أ- فإن كان نقص الأوصاف بسبب هبوط الأسعار في الأسواق: فليس على الغاصب أو المعتدي ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار، وإنما للمالك أخذ عين المغصوب دون أن يرجع بشيء على الغاصب؛ لأن هذا النقص حدث بسبب فتور الرغبات بالشيء لأسباب اقتصادية وفقاً لقانون العرض والطلب غالباً، لا لفوات جزء من العين. وهذا هو قول جمهور الفقهاء الذي أخذت به المجلة[١].

وقال الشافعية: إذا نقصت القيمة بسبب تغير الأسعار، يلزم الغاصب بضمان النقصان، كأن كان سعر الشيء عشرة، فصار سبعة، فيلزمه أرش النقص الحادث جبراً له[٢].

ب- وأما النقص الطارئ بسبب فوات وصف مرغوب فيه: فهو مضمون باتفاق الفقهاء، مثل حدوث الصمم والعمى والشلل والمرض والعرج والهزال في الحيوان، ونسيان الحرفة وتعطل الآلة وظهور خلل فيها وتعفن الحنطة، وصب الماء في الخل، وتمزيق أرقام الأوراق النقدية، ونحو ذلك. فعلى الغاصب ضمان مقدار النقص الحاصل بقيمة أمثاله جبراً للضرر[٣]. قال ابن عبد السلام: وأما صفات الأموال فليست من ذوات الأمثال، والطريق إلى جبرها إذا فاتت بسبب مضمن، أو فاتت تحت الأيدي الضامنة: أن تقوَّم العين على أوصاف كمالها، ثم تقوم على أوصاف نقصانها، فيجبر التفاوت بين الصفتين بما بين القيمتين، مثل إن غصب شابة حسنة، فصارت عنده عجوزاً شوهاء، فيجبر ما فات من صفة شبابها ونضارتها بما بين قيمتها، وكذلك لو عيب شيئاً من الأموال فإنه يجبره بما بين قيمته سليماً ومعيباً، وكذلك لو هدم داراً فإنه يجبر بتأليفها بما بين قيمتها في حالتي البناء والانهدام، لأن تأليفها ليس من ذوات الأمثال[٤].

---

(١) البدائع: ٧/ ١٥٥، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٧١، اللباب شرح الكتاب: ٢/ ١٩٠، المجلة م٩٠٠، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٤٤٣، المغني: ٥/ ٢٤١، مجمع الضمانات: ص١٣٣.

(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٩ وما بعدها.

(٣) البدائع، المكان السابق وما بعده، مجمع الضمانات، المكان السابق، الشرح الكبير: ٣/ ٤٥١، المغني، المكان السابق، مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٦، قواعد الأحكام: ١/ ١٥٣.

(٤) قواعد الأحكام، المكان السابق.

أما إذا حدث نقصان وصف في المبيع قبل القبض (وهو ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض والجودة في المكيل والموزون).

أ- فإن كان النقصان بآفة سماوية فلا ينفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن، لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن، ولكن يكون المشتري بالخيار: إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن. وإن شاء تركه لتعيب المبيع.

ب- وإن كان النقصان بفعل البائع، فيبطل البيع بقدره ويسقط عن المشتري ما يقابله من الثمن؛ لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها، والمشتري بالخيار في الباقي بأن يأخذه بحصته من الثمن[١].

مقارنة:

إن ضمان الأعيان والمنافع والزوائد والنواقص والأوصاف باعتبارها محلاً للضمان يقابله عند القانونيين كلمة «الضرر» أحد أركان المسؤولية المدنية، والضرر كما أشرنا سابقاً قد يكون مادياً يصيب المضرور في جسمه أو في ماله، وقد يكون الضرر أدبياً يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه. ويشترط في الضرر المادي قانوناً أن يكون ناشئاً من الإخلال بمصلحة مشروعة، وأن يكون محققاً. فإذا كان المضرور يشكو من الإخلال بمصلحة لا يحميها القانون لمخالفتها للقانون فلا محل للتعويض، وإذا لم يثبت المضرور تحقق الضرر فلا محل للتعويض أيضاً.

وهذا في الجملة مما يقره الإسلام مع ملاحظة أن الشرع الإسلامي هو الأساس في تقدير كون المصلحة مشروعة أم لا، وكون الشيء المضمون متقوماً شرعاً فيضمن، وغير متقوم شرعاً فلا يضمن.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٤٤، البدائع: ٥/ ٢٤١.

المبحث الثاني : أقسام الضمان وأنواعه

ينقسم الضمان إلى قسمين أساسيين هما: ضمان النفس وهو الدية في القتل الخطأ، أو في القتل العمد إذا حدث عفو أو صلح عن القصاص، وضمان المال: وهو التعويض المالي عن الضرر اللاحق بالغير.

وضمان المال يكون بقدر الضرر أو التعدي الحاصل، فينقسم إلى نوعين: ضمان كامل وضمان جزئي.

وينقسم أيضاً بحسب تقديره شرعاً إلى نوعين: مضبوط وغير مضبوط كما أنه ينقسم بحسب استقراره على الضامن أو عدم استقراره إلى مستقر ومتحول.

أولاً - تقسيم ضمان المال باعتبار مقداره:

ينقسم الضمان إلى نوعين: ضمان كلي وضمان جزئي.

فالضمان الكلي: هو الالتزام بدفع قيمة جميع الشيء المتلف إذا كان التلف كلياً، أو جزئياً فاحشاً شبيهاً بالتلف التام. وقد رأينا في بحث النقصان في المغصوبات أنه إذا كان النقصان كبيراً في قيمة الشيء، فللمالك الخيار بين أن يطلب قيمة النقصان فقط، أو أن يترك الشيء للغاصب ويضمنه جميع قيمته.

ونصت المجلة على ذلك[١]، وهذا هو مذهب الحنفية والمالكية[٢].

وأما في حالة التلف الفاحش أو الجناية على الشيء من دون غصب، فكذلك يرى الحنفية والمالكية أن صاحب الشيء مخير بين أن يسلم الشيء للجاني، ويأخذ منه قيمته، أو أن يأخذ قيمة الناقصة فقط[٣].

---

(١) جاء في المادة ٩٠٠ من المجلة «إن كان النقصان فاحشاً (أعني إن كان النقصان مساوياً لربع قيمته أو أزيد) فالمغصوب منه بالخيار: إن شاء ضمنه نقصان القيمة، وإن شاء تركه للغاصب، وأخذ منه تمام قيمته».

(٢) الإتلاف الفاحش عند المالكية: هو ما يبطل الغرض المقصود من الشيء.. والإتلاف اليسير: هو ما يبطل يسيراً من المنفعة (بداية المجتهد: ٢/ ٣١٣).

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٣١٣.

ومن أمثلته: «لو أتلف رجل مصراعي باب، أو أحد زوجي خف أو مكعب، كان للمالك أن يسلم إليه الآخر، ويضمنه قيمتها».

«لو قطع رجل أغصان شجرة: إن كان النقصان فاحشاً، يضمن قيمة الشجرة وإلا فالنقصان».

وقد يضمن النقصان فقط عند الحنفية، مثاله «من حفر حفيرة في أرض غيره فأضر بالأرض، يلزمه النقصان» «من هدم حائط دار يضمن النقصان»[١].

وقال الشافعي وأحمد: يضمن الجاني في النقصان ما نقص يوم الجناية[٢].

متى يعدّ الشيء هالكاً هلاكاً تاماً؟ الهلاك الذي يوجب الضمان الكلي إما أن يكون حقيقياً بإتلاف الشيء وزواله صورة ومعنى كأكل الطعام المغصوب وموت الدابة المغصوبة. وإما أن يكون حكمياً وذلك في ثلاث حالات[٣]:

١- إذا زال اسم الشيء وأعظم منافعه، مثل خرق الثوب خرقاً فاحشاً؛ لأن الخرق الفاحش يفوت على المالك بعض الشيء المتلف وجنس منفعته. وهذا يعد استهلاكاً موجباً للضمان. ومثله تخريب آليات السيارة.

٢- إذا تعذر رد الشيء إلى المالك، والتعذر إما لاستحالة فصل الشيء عن غيره كالصباغ من الثوب، وإما ألا يكون في فصله استحالة ولكن فيه ضرر كبير بالمتعدي، ودفع الضرر واجب كبناء الدار بأحجار مغصوبة مثلاً.

٣- حين اختلاط الشيء بغيره اختلاط ممازجة، بحيث لا يمكن التمييز بين المخلوطين بالقسمة، كخلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو كان مما يمكن التمييز بينهما عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه، مثل خلط الحنطة بالحنطة من نوعين مختلفين.

---

(١) راجع جامع الفصولين: ٢ص ١٣٠، مجمع الضمانات: ص١٤٦ وما بعدها، النظرية العامة للموجبات للدكتور المحمصاني: ١/ ٢١٦..

(٢) بداية المجتهد، المكان السابق، والمراجع السابقة في مذهبي الشافعية والحنبلية في ضمان النواقص.

(٣) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٩٤، الهداية: ٤/ ١١، الفتاوى الهندية: ٥/ ١٤٧.

و أما خلط المجاورة: فإن كان يمكن التمييز بين الخليطين من دون كلفة ولا مشقة، فلا ضمان، وإن كان لا يمكن التمييز كخلط الحنطة بالشعير، فيجب الضمان لاعتبار ذلك هلاكاً.

وأما **الضمان الجزئي**: فهو الالتزام بدفع قيمة النقصان اليسير في المغصوب أو في الإتلاف الجزئي، وذلك بأن يقوَّم الشيء صحيحاً من كل شيء، ويقوَّم مجنياً عليه، ويعطى المالك ما بين القيمتين ، وهذا باتفاق الفقهاء[1] ؛ لأن القاعدة المقررة تقول: «ما ضمن كله ضمن جزؤه بالأرش»[2]. وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة ٩١٧ السابق ذكرها.

والنقصان الموجب للضمان الجزئي: هو كل عارض يطرأ على العين في يد الغاصب فيوجب نقصان قيمتها، كأن يتلف جزء من العين، أو تزول صفة مرغوب فيها دون أن يؤدي إلى زوال منفعتها تماماً؛ لأنه إذا زالت المنفعة كان ذلك هلاكاً لا نقصاناً.

وفي العرية يجب ضمان ما تلف من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال؛ لأن ما ضمن جملة ضمنت أجزاؤه كما ذكرنا. وأما ما يذهب بالاستعمال كما في حال استعمال المنشفة والقطيفة، ففيه رأيان عند الحنفية: قيل: يضمن، الأرجح أنه لا يضمن للإذن بالاستعمال.

أنواع النقصان: النقصان الذي يلحق الشيء إما أن يكون بتغير السعر، أو بزوال جزء من المغصوب مثلاً، أو بفوات صفة مرغوبة عند المالك.

١- فإن كان النقصان بتغير السعر: لم يكن مضموناً عند جمهور الفقهاء؛ لأن نقصان السعر فتور يحدثه الله تعالى في قلوب الناس، ولا يد للإنسان فيه -على حد تعبير فقهائنا- فلا يكون مضموناً إلا إذا كان تغير السعر نتيجة نقل الشيء من بلد لآخر إذا كان الشيء من عروض التجارة، لا من النقود لأن النقد ثمن الأشياء، والثمنية لا تختلف باختلاف الأماكن.

---

(١) بداية المجتهد، المكان السابق.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٢٧٧.

٢- وإن كان النقصان لفوات جزء من الشيء أو فوات صفة مرغوبة أو معنى مرغوب فيه، فيضمن إذا كان من الأموال لا يجري الربا فيها أي غير المكيل والموزون عند الحنفية. وإن كان من الأموال الربوية كالحنطة والقطن ونحوهما من كل مكيل أو موزون، فلا ضمان بفوات صفة مرغوبة لأن الجودة غير متقومة في الربا(١). وقد سبقت الإشارة إلى ذلك مفصلاً في ضمان النواقص.

ثانياً- تقسيم ضمان المال باعتبار تقديره شرعاً:

ينقسم ضمان المال بحسب تقديره شرعاً إلى مضبوط وغير مضبوط(٢).

فالنوع المضبوط: هو ما حدد الشرع بإتلافه مقداراً معيناً من الأموال، إما لحق الله تعالى أي رعاية لمصلحة عامة، أو لحق شخص معين، مثال الأول: إتلاف الصيد البري في حرم مكة(٣) أو في أثناء الإحرام بالحج والعمرة: قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ(٤) يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ هَدۡيَۢا بَٰلِغَ ٱلۡكَعۡبَةِ﴾ [المائدة: ٥/٩٥]، وقال سبحانه: ﴿أُحِلَّ لَكُمۡ صَيۡدُ ٱلۡبَحۡرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعٗا لَّكُمۡ وَلِلسَّيَّارَةِۖ وَحُرِّمَ عَلَيۡكُمۡ صَيۡدُ ٱلۡبَرِّ مَا دُمۡتُمۡ حُرُمٗاۗ﴾ [المائدة: ٥/٩٦].

ومثال الثاني ضمان الأموال المثليات؛ لأنه محدد شرعاً بالمثل: «إناء بإناء وطعام بطعام» كما نص عليه الحديث السابق ذكره.

ومن هذا النوع: مقابلة الجاني بنقيض قصده من الحرمان من الإرث أو الوصية، كعقوبة القاتل لمورِّثه بحرمانه من الميراث، وعقوبة الموصى له القاتل للموصي ببطلان وصيته وحرمانه منها عند الجمهور غير الشافعية.

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/٢٢٩، البدائع: ٧/ ١٥٥

(٢) أعلام الموقعين: ٢/٩٨.

(٣) حرم مكة له حدود شرعية معينة ومساحة مقررة: فحده من طريق المدينة شمالاً ثلاثة أميال، ومن طريق اليمن والطائف والعراق أي جنوباً وشمالاً شرقياً سبعة أميال، ومن طريق جدة غرباً تسعة أميال، ومن طريق وادي عرنة شرقاً أحد عشر ميلاً (راجع شرح الأشباه للحموي: ٢/ ٢٢٧).

(٤) النَّعَم: الإبل والبقر والغنم.

ومنه عقوبة الزوجة الناشزة بسقوط نفقتها وكسوتها.

وأما النوع الثاني غير المضبوط: فهو التعويض غير المقدر شرعاً، وإنما فوِّض لاجتهاد الأئمة والقضاة بحسب المصالح، وهو كل ما لم تأتِ به الشريعة بقاعدة عامة، وقد لا يزاد فيه ولا ينقص، وهذا الذي اختلف فيه العلماء وهو التغريم المالي أو التعزير المالي وقد سبق الكلام عليه. ومن هذا النوع ما يسمى بحكومة العدل أي التعويض الذي يقدره الخبراء في حالة الجراح التي ليس لها أرش (تعويض مقدر فيه الشرع).

وقد رجحنا مشروعية التغريم المالي، قال ابن القيم[1]: والصواب أنه يختلف باختلاف المصالح، ويرجع فيه إلى اجتهاد الأئمة في كل زمان ومكان بحسب المصلحة؛ إذ لا دليل على النسخ (أي إبطال حكمه ومشروعيته)، وقد فعله الخلفاء الراشدون، ومن بعدهم من الأئمة.

من أمثلته: مضاعفة الغرامة على سارق الثمار المعلقة، وعلى كاتم الضالة الملتقطة (أي البهيمة الضائعة) وأخذ شطر مال مانع الزكاة.

ومن هذا النوع كل ما فوض به القاضي من إصدار الحكم بالتعويض المالي على الأضرار الأدبية، أو المادية حسب تقديره إذا لم يكن هناك مقدار محدد شرعاً. ومن ذلك في اصطلاح القانونيين **تعويض الضرر الاحتمالي**: وهو الضرر المستقبل غير المؤكد الوقوع، إلا أنه قانوناً وشرعاً لا يحكم به بتعويض إلا إذا وقع فعلاً. ومنه ما يسمى عند القانونيين أيضاً **تعويض تفويت الفرصة**: وهو مبلغ معين يحكم به كتعويض للمتضرر عن مجرد فوات الفرصة. وهذا إن جاز قانوناً، فلم نجد أحداً من الفقهاء الشرعيين يقول به، كأن يحكم قانوناً بتعويض لورثة قتيل موصى له بمبلغ من المال، فعند فقهائنا لا نرى إلا القول ببطلان الوصية في هذه الحالة؛ لأن الوصية لا تستحق ولا تملك إلا بعد موت الموصي.

---

(١) أعلام الموقعين: ٩٨/٢.

ثالثاً - تقسيم ضمان المال باعتبار استقراره وتحوله:

ينقسم ضمان المال إلى مستقر ومتحول:

فالضمان المستقر: هو أن يلتزم الشخص التعويض عن فعل نفسه دون أن يكون له الحق في الرجوع بما يدفعه على أحد، كضمان المتلفات، وضمان الغاصب هلاك الشيء المغصوب، وضمان الأجير المشترك[١] ما يهلك في يده على الراجح عند المالكية والصاحبين ومتأخري الحنفية، ولو بغير تعدٍّ أو تقصير منه، إلا إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة كحريق عام أو غرق عام ونحو ذلك. ويضمن الأجير المشترك بإيداع ما تحت يده عند غيره، قال الحنفية: ولو أودع الدلال ضمن[٢].

والضمان المتحول: هو الذي من شأنه أن يعطي للضامن الذي دفع الضمان حقاً في الرجوع بما ضمنه على شخص آخر، علماً بأن الأصل العام أن يسأل كل شخص عن فعل نفسه، وهذا هو المبدأ المقرر في الإسلام - مبدأ المسؤولية الفردية أو الشخصية: «ولا تزر وازرة وزر أخرى» إلا أنه يستثنى من هذا المبدأ حالة وجود التعدي، سواء أكان الفعل تعدياً بنفسه وطبيعته كما في الغصب، أم بسبب صدور تصرف عدواني من الشخص كإعارة الشيء المستعار إلى آخر، أم بسبب إهمال أو تقصير أو تهاون بالمحافظة على أمتعة الناس كالأجير العام أو المشترك.

وعلى هذا فإن الضمان المتحول يتضح بالأمثلة الآتية:

غاصب الغاصب، وإتلاف المغصوب، وديع الوديع، المستعير من المستعير، أو من المستأجر، المستأجر من المستأجر أو من المستعير، مضارب المضارب، وكيل الوكيل، المشتري من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع، ونحو ذلك[٣].

---

(١) الأجير المشترك: هو الذي يعمل لعامة الناس أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالصانع والصباغ والخباز والنجار ونحوهم.

(٢) رد المحتار على الدار المختار: ٤/٥٢٦.

(٣) يلاحظ أن يد الغاصب والمشتري يد ضمان، وأما يد الوديع والمستعير والمستأجر والوكيل والمضارب فهي يد أمانة كما سيأتي بيانه.

١- غاصب الغاصب وهلاك المغصوب أو إتلافه:

إذا غصب شخص من آخر شيئاً، فجاء إنسان وغصبه منه، فهلك في يده، أو أتلفه، فالملك بالخيار: إن شاء ضمَّن الغاصب الأول لوجود فعل الغصب منه: وهو إزالة يد المالك عنه، وإن شاء ضمَّن الغاصب الثاني أو المتلف، سواء علم بالغصب أم لم يعلم، لإزالة يد الغاصب الأول الذي هو بحكم المالك في أنه يحفظ ماله، ويتمكن من رده عليه أي على المالك، ولأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، والجهل غير مسقط للضمان؛ أو لإتلافه الشيء.

فإن اختار المالك تضمين الأول، رجع هذا بالضمان على الثاني؛ لأنه بدفعه قيمة الضمان، ملك الشيء المضمون (أي المغصوب) من وقت غصبه، فكان الثاني غاصباً لملك الأول. وإن اختار تضمين الثاني أو المتلف، لا يرجع هذا الضمان على أحد، ويستقر الضمان في ذمته، لأنه ضمن فعل نفسه: وهو إزالة يد المالك أو استهلاكه وإتلافه[١]. وهذا هو ما نصت عليه المجلة[٢] فالضمان يستقر على الغاصب الثاني.

وللمالك أن يأخذ بعض الضمان من شخص، وبعضه الآخر من الشخص الآخر.

إلا أن الحنفية استثنوا من مبدأ تخيير المالك في هذه الحالة: الموقوف المغصوب، إذا غصب وكان الغاصب الثاني أملأ من الأول، فإن متولي الوقف يضمن الثاني وحده.

---

(١) البدائع: ٧/ ١٤٤، ١٤٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٩٦ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ١٢٦ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢/ ٢٧٩، فتح العزيز شرح الوجيز: ١١/ ٢٥٢.

(٢) نصت المادة ٩١٠ على ما يأتي: «غاصب الغاصب في حكم عين الغاصب بناء عليه: إذا غَصَبَ من الغاصب المال المغصوب شخص آخر، وأتلفه، أو تلف في يده، فالمغصوب منه مخير: إن شاء ضمنه الغاصب الأول، وإن شاء الثاني، وله أن يضمن مقداراً منه الأول، والمقدار الآخر الثاني، وبتقدير تضمينه الغاصب الأول فهو يرجع إلى الثاني، وأما إذا ضمنه الثاني فليس للثاني أن يرجع إلى الأول».

والراجح عند الحنفية أن المالك متى اختار تضمين أحدهما (أي رفع الدعوى على الغاصب أو غاصب الغاصب) يبرأ الآخر من الضمان بمجرد الاختيار، فلو أراد تضمينه بعدئذ، لم يكن له ذلك.

وإذا رد غاصب الغاصب الشيء المغصوب إلى الغاصب الأول، برئ من الضمان، كما لو دفع له قيمته إذا هلك في يده، وإذا رده إلى المغصوب منه برئ الاثنان. وقد نصت المادة (٩١١) من المجلة على هذا فقالت: «إذا رد الغاصب المال المغصوب إلى الغاصب الأول، يبرأ وحده وإذا رده إلى المغصوب منه، يبرأ هو والأول».

وكذلك وديع الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب برئ من الضمان[1].

٢- وديع الوديع:

إذا أخرج الوديع الوديعة من يده وأودعها عند غيره بغير عذر، يصير ضامناً، لأن المودع ارتضى بحفظ الوديع الأول دون حفظ غيره، إلَّا إذا كان هناك عذر، فلا يضمن، كأن وقع حريق في داره، أو كان في سفينة فخاف الغرق؛ فدفعها إلى غيره لأن الدفع إليه في هذه الحالة تعين طريقاً لحفظ الوديعة، فكان الدفع على هذا النحو مشروعاً بإذن المالك دلالة أو ضمناً.

وإذا أودعها الوديع عند شخص آخر بغير عذر، فهلكت أو ضاعت وهي في يد الثاني، فالضمان يجب ويستقر على الوديع الأول، لا على الوديع الثاني عند أبي حنيفة[2]، لأن الثاني محسن إلى المالك بصيانة الوديعة عن أسباب الهلاك، والله سبحانه يقول: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ﴾ [التوبة: ٩/ ٩١].

وقال الصاحبان: المالك بالخيار: إن شاء ضمَّن الأول؛ لأنه دفع مال غيره إلى آخر بغير إذنه، وإن شاء ضمن الثاني لأنه قبض مال الغير بغير إذنه، فإن ضمن الأول، لا يرجع بالضمان على الثاني، لأنه ملك الوديعة بأداء الضمان، وإن ضمن الثاني يرجع به على الأول، لأن الأول غرّه بالإيداع، فيلزمه ضمان الغرور.

---

(١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص٧٧.

(٢) ومثله الحنابلة (راجع القواعد لابن رجب: ص٢١٧).

وإذا استهلك الوديع الثاني الوديعة، فالمالك بالخيار: إن شاء ضمن الأول، وإن شاء الثاني باتفاق الحنفية، غير أنه إن ضمن الأول يرجع الأول بالضمان على الثاني، وإن ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الأول؛ لأن سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك، ولم يوجد من الأول إلا الدفع إلى الثاني لاستحفاظ الوديعة[(١)]. وعلى هذا فإن **وديع الوديع لا يضمن ما لم يتصرف في الوديعة بغير إذن مالكها**[(٢)].

٣- المستعير من المستعير أو من المستأجر:

يجوز استعارة الشيء من المستعير أو المستأجر عند الحنفية والمالكية، وتكون يد المستعير الثاني يد أمانة، فإذا هلك الشيء في يده دون تعد أو تقصير، فلا ضمان على أحد، وإن حصل منه تعد أو تقصير، ضمن، ويستقر الضمان عليه، إلا أنهم قالوا: إذا منع المالك المستعير من الإعارة، فلا يجوز له أن يعير، أي ويكون ضامناً للمستعار إذا هلك.

وقال الشافعية والحنابلة، والكرخي من الحنفية: لا يجوز للمستعير أن يعير العارية لغيره؛ لأن عقد الإعارة يفيد إباحة المنفعة فقط، لا تملكها كما يقول الفريق الأول. وعلى هذا لو أعار المستعير العارية يكون ضامناً للعين كالمستعير الثاني، وللمالك أن يطالب من شاء منهما، فإن تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال؛ لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، فإن رجع على الأول، رجع الأول على الثاني، وإن رجع على الثاني لم يرجع على أحد، إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال[(٣)].

---

(١) البدائع: ٦/٢٠٨، المبسوط: ١١/١٢٥، ١٣٢، تكملة فتح التقدير: ٧/٩١، رد المحتار والدر المختار: ٤/٥١٦.

(٢) القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص٨٠.

(٣) البدائع: ٦/٢١٧، الشرح الكبير للدردير: ٣/٤٣٣، مغني المحتاج ٢/٢٦٤، المهذب: ١/ ٣٦٤، المغني: ٥/٢٠٩، القواعد لابن رجب: ص٢١٧.

٤- المستأجر من المستأجر أو من المستعير:

المستأجر من المستأجر كالمستعير من المستعير، لا ضمان عليهما ما لم يحصل من أحدهما تعدٍّ أو تقصير، وإلا فإن الضمان يستقر على المتعدي أو المقصر. وأما المستأجر من المستعير فإنه يكون ضامناً لهلاك الشيء مطلقاً؛ إذ لا يجوز باتفاق الفقهاء إجارة العين المعارة، لأن الإجارة عقد لازم، والعارية عقد تبرع غير لازم، فلا يملك به ما هو لازم. والمالك بالخيار: إن شاء ضمَّن المستأجر؛ لأنه قبض مال الغير بغير إذنه كالمشتري من الغاصب، وإن شاء ضمن المستعير المؤجر للعارية، لأنه دفع مال الغير إلى غيره بغير إذنه، فصار غاصباً.

فإن ضمَّن المستعير، لا يرجع بالضمان على المستأجر، لأن المستعير بأدائه قيمة الضمان، ملك العارية، مما يكشف لنا أنه كان قد آجر ملك نفسه.

وإن ضمن المستأجر: فإن كان عالماً بكون الشيء عارية في يد المستعير، لا يرجع على المستعير بشيء؛ إذ لا تغرير له بالإيجار، وإن لم يكن عالماً بكونه عارية، يرجع على المستعير بغرامة الضمان، لأنه كان مغرراً به من جهة المستعير، فيرجع عليه بضمان الغرر(١).

فالضمان يستقر إما على المستأجر من المستعير إذا علم بكونه عارية، وإما على المستعير.

٥- مضارب المضارب(٢):

إذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة، دون أن يأذن له رب المال، فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني؛ لأن فعله إيداع، ولا بتصرف المضارب الثاني فيه حتى يربح: لأن تصرفه إبضاع (تكليف شراء السلعة تبرعاً)، فإذا ربح فقد أثبت للأول شركة في المال، فيضمن الأول

---

(١) البدائع: ٦ ص ٢١٥،، القواعد: المكان السابق، المغني: ٥ ص ٢١٠.

(٢) المضاربة: هي شركة بمال من شخص، وعمل من شخص آخر، أو هي أن يدفع المالك إلى العامل مالاً ليتجر فيه، ويكون الربح مشتركاً بينهما بحسب ما شرطا.

لرب المال، كما لو خلط المال بغيره. ولو هلك المال في يد المضارب الثاني قبل أن يعمل، يهلك هلاك الأمانات. فإذا ربح الثاني ضمن المضارب الأول المال لرب المال، وهذا قول أبي حنيفة. وقال زفر: يضمن المضارب الأول بمجرد دفع المال إلى المضارب الثاني، سواء عمل الثاني أم لم يعمل، فإذا هلك المال قبل أن يعمل، وجب الضمان على الأول.

وقال الصاحبان وقولهما الراجح عند الحنفية: إذا عمل المضارب الثاني ضمن الأول المال، ربح أم لم يربح؛ لأن المضارب الثاني لما عمل، فقد تصرف في المال بغير إذن المالك، فيتعين به الضمان، سواء ربح أم لم يربح. وحينئذ إذا عمل المضارب الثاني يخير رب المال: إن شاء ضمن الأول رأس ماله، وإن شاء ضمن الثاني؛ لأن الأول تعدى بدفع المال إلى الثاني، والثاني تعدى بالقبض، مثل حالة وديع الوديع السابق ذكرها، فإن ضمن الأول استقر الضمان عليه، وإن ضمن الثاني رجع بالضمان على الأول، لتغريره إياه[1].

وهذا موافق لرأي المالكية والشافعية والحنابلة: وهو أن الضمان يستقر في النتيجة إذا هلك المال دون تعد على المضارب الأول إذا لم يعلم الثاني بالحال: وهو أن المال لغير المضارب الأول[2].

٦- وكيل الوكيل:

ليس للوكيل أن يوكل غيره من دون إذن موكله؛ لأن الوكالة ملحوظ فيها شخص الوكيل بذاته لاعتبارات تتعلق بالرأي والخبرة والأمانة ونحو ذلك.

والوكيل أمين فيما وكّل فيه، فلا يضمن إلا إذا حدث منه تعد أو تفريط. فإذا وكّل غيره يكون ضامناً كالمضارب الذي يضارب من دون إذن رب المال[3]،

---

(١) المبسوط: ٩٨/٢٢، تبيين الحقائق: ٦٣/٥، البدائع: ٩٦/٦، تكملة فتح القدير: ٧٠/٧ وما بعدها، الدر المختار: ٥٠٩/٤.

(٢) الخرشي: ٢٤٧/٥، مغني المحتاج: ٣١٤/٢، المغني: ٤٣/٥ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص٢١٧، القوانين الفقهية: ص٢٨٣.

(٣) القواعد، المكان السابق، البدائع: ٢٨/٦.

ويستقر الضمان عليه كما عرفنا في مضارب المضارب، فالضمان يستقر على الوكيل الأول، وعلى المضارب الأول.

٧- المشتري من الوكيل:

قال الحنابلة: إذا اشترى شخص شيئاً من الوكيل المخالف أمر الموكل مخالفة يفسد بها البيع(١)، ثم تلف المبيع في يده، فللموكل تضمين قيمة التالف للوكيل أو للمشتري، ثم إن ضمن الموكل الوكيل رجع على المشتري بالقيمة لتلف الشيء في يده، فيستقر الضمان عليه، وإن أخذ الموكل القيمة من المشتري، لم يرجع على أحد(٢). وبه يظهر أن الضمان يستقر على المشتري.

المبحث الثالث : عقود الضمان

تنقسم العقود بالنسبة إلى الضمان وعدمه إلى ثلاثة أنواع:

عقود ضمان، وعقود أمانة، وعقود مزدوجة الأثر تنشئ الضمان والأمانة معاً. وسنبحث تباعاً هذه الأصناف الثلاثة، ونتكلم على كل عقد على حدة. ويمكن التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة على أساس فكرة المعاوضة، فإذا كان القصد من العقد هو المعاوضة، كان العقد عقد ضمان، وإذا لم يكن القصد من العقد هو المعاوضة، فالعقد عقد أمانة(٣).

أما عقود الضمان: فهي التي يترتب عليها الضمان بالقبض عند التلف. فإذا وجد عقد من هذه العقود، وانتقل محل العقد من يد إلى يد أخرى، كان ذلك المحل مضموناً مطلقاً، سواء هلك بفعل الشخص القابض أم بفعل أجنبي، أم بآفة سماوية.

وهذه العقود هي: البيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والمخارجة، والقرض، وإقالة هذه العقود.

---

(١) كأن باع الشيء بثمن مؤجل وهو موكل ببيعه نقداً، وقد اعترف الوكيل والمشتري بذلك (راجع المغني: ٥/ ١٠١).

(٢) القواعد، المكان السابق، المغني، المكان السابق.

(٣) راجع المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٣٠٣/ ٥٩٢ وما بعدها، ط سابعة.

١- البيع: إن عقد البيع، ومنه المقايضة (أي مبادلة السلعة بالسلعة) هو أظهر مثال لعقود الضمان؛ إذ إن المقصود منه واضح وهو المعاوضة، فإذا قبض المبيع أو الثمن، انتقل الضمان، لاستيفاء أو استحقاق العوض المقابل له. ويمكن تحديد **المسؤول عن ضمان المبيع** أو المتحمل تبعة هلاكه ببحث أحوال الهلاك الثلاثة وهي الهلاك الكلي والهلاك الجزئي وهلاك النماء[١].

أ- الهلاك الكلي: إذا هلك المبيع كله **بعد القبض**[٢] (أي قبض المشتري له) فإما أن يكون الضمان على المشتري وإمّا على البائع:

أولاً- إن كان تلف المبيع بآفة سماوية (أي قوة قاهرة) أو بفعل المشتري أو بفعل المبيع نفسه كحيوان قتل نفسه، أو بفعل شخص أجنبي (غير البائع والمشتري) فلا ينفسخ البيع، ويكون هلاكه على ضمان المشتري؛ لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري، فتقرر الثمن عليه، ويرجع بالضمان على الأجنبي حال كون الاعتداء منه.

ثانياً- إذا هلك المبيع بفعل البائع فينظر في حالتين:

١- إذا كان المشتري قد قبض المبيع بإذن البائع، أو من دون إذنه، لكنه سلم الثمن، أو كان الثمن مؤجلاً، فيكون هلاكه بسبب البائع موجباً للضمان عليه.

٢- أما إذا كان المشتري قد قبض المبيع من دون إذن البائع، والثمن واجب الأداء حالاً، فيصير البائع باعتدائه مسترداً للمبيع، ويكون ضامناً لهلاكه، ويجب فسخ البيع وسقوط الثمن.

وإذا هلك المبيع كله **قبل القبض** (أي قبل تسليم المبيع للمشتري) فحكم ضمانه كالآتي:

أولاً- إذا هلك بآفة سماوية، أو بفعل المبيع نفسه، أو بفعل البائع، فينفسخ عقد البيع، ويسقط الثمن عن المشتري، ويكون ضمان المبيع على البائع.

---

(١) راجع التفصيل في البدائع: ٥/ ٢٣٨ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ٤٤، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص٩٢، نظرية تحمل التبعة للدكتور زكي عبد البر: ص٩٣ وما بعدها.

(٢) من المعروف أن القبض أو التسليم يتم بالتخلية في العقارات كالأراضي والأبنية والأشجار، وبالنقل في المنقول، وبالكيل في المكيل، وبالوزن في الموزون.

ثانياً- إذا هلك بفعل المشتري، لا يفسخ البيع، وعليه الثمن.

ثالثاً- إذا هلك بفعل أجنبي (أي غير البائع والمشتري)، لا ينفسخ البيع، ويكون المشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه، ودفع الثمن، وطالب الأجنبي بالضمان.

وقد نصت المجلة في المادتين **٢٩٣، ٢٩٤** على حكم الهلاك الكلي: «المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري» «إذا هلك المبيع بعد القبض، هلك من مال المشتري، ولا شيء على البائع».

والخلاصة أن تلف المبيع قبل القبض على حساب البائع أو في ضمانه وينفسخ العقد، وإن إتلاف المشتري قبض، وإتلاف الأجنبي لا يوجب الانفساخ، لكن للمشتري الخيار.

ب- الهلاك الجزئي: يكون ضمان الهلاك الجزئي كضمان الهلاك الكلي من حيث المسؤول عنه، أي إنه إذا كان الهلاك قبل التسليم، كان البائع هو الضامن بمعنى انفساخ البيع في الجزء التالف وسقوط ما يقابله من الثمن عن المشتري، وإذا كان الهلاك بعد التسليم، كان المشتري هو الضامن بمعنى بقائه ملزماً بالثمن. وتفصيل ذلك يعرف مما يأتي:

إذا هلك بعض المبيع بعد القبض:

أولاً- إن كان الهلاك بآفة سماوية أو بفعل المشتري، أو بفعل المبيع نفسه، أو بفعل أجنبي، فالضمان على المشتري.

ثانياً- وإن كان بفعل البائع ينظر:

إن كان القبض بإذنه (أي البائع) أو كان الثمن مدفوعاً فعلاً له، أو مؤجلاً، فالضمان عليه أي على البائع.

وإن كان القبض بغير إذنه، والثمن واجب الوفاء حالاً، ينفسخ البيع في قدر الشيء التالف، ويسقط عن المشتري حصته من الثمن أي إن البائع هو الذي يتحمل التبعة.

وإذا هلك بعض المبيع قبل القبض ينظر:

أولاً- إن كان الهلاك بآفة سماوية:

١- فإن كان نقصان المبيع نقصان قدر بأن كان الشيء مكيلاً كالحنطة، أو موزوناً كالقطن، أو معدوداً، كالجوز والبيض، فهلك بعضه: ينفسخ العقد بقدر الهالك، وتسقط حصته من الثمن عن المشتري. ثم يكون المشتري بالخيار في القسم الباقي لتفرق الصفقة عليه (أي تجزئتها): إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ البيع.

٢- وإن كان النقصان نقصان وصف (وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض، والجودة في المكيل والموزون) فلا ينفسخ البيع أصلاً، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن؛ لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن، ويكون المشتري بالخيار: إن شاء أخذ المبيع كما هو بجميع الثمن، وإن شاء تركه لتعيب المبيع.

ثانياً- وإن كان الهلاك بفعل المبيع نفسه كحيوان جرح نفسه، فلا ينفسخ البيع، ولا يسقط شيء من الثمن عن المشتري. والمشتري بالخيار: إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن، وإن شاء فسخ العقد.

ثالثاً- وإن كان الهلاك بفعل البائع، فيبطل البيع بقدره، ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن، سواء أكان النقصان نقصان قدر، أم نقصان وصف، لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند الاعتداء عليها، والمشتري بالخيار في الباقي بحصته من الثمن.

رابعاً- وإن كان الهلاك بفعل المشتري، فلا يبطل البيع، ولا يسقط عنه شيء من الثمن؛ لأنه صار قابضاً لكل المبيع بإتلافه بعضه.

جـ- هلاك النماء: النماء هو زيادة المبيع، والزيادة إما أن تحدث قبل القبض وإما بعده، وكل منهما إما زيادة متصلة وإما منفصلة. والمتصلة: إما أن تكون متولدة من الأصل كالحسن والجمال والكبر والسن، وإما غير متولدة كصبغ الثوب أو خياطته، وكالبناء والغرس على الأرض. والمنفصلة أيضاً: إما متولدة من الأصل كالولد والثمرة واللبن، وإما غير متولدة كالغلة الناتجة من استثمار المباني

والعقارات. والمبدأ في الزوائد عند الحنفية: أنها تكون مبيعة تابعة للمبيع إلا الزوائد المنفصلة غير المتولدة من الأصل، وعلى هذا:

١- **قبيل القبض**: إذا أتلف البائع الزيادة، يضمنها يعني أنه تسقط حصتها من الثمن عن المشتري، كما لو أتلف جزءاً من المبيع.

وإذا هلكت الزيادة بآفة سماوية كأن هلك ثمر النخل، فلا تضمن كالأوصاف؛ أي إنه لا يسقط شيء من الثمن، لأنها وإن كانت مبيعة إلا أنها تدخل في البيع تبعاً لا مقصوداً، فهي إذن كالأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، ولا يكون للمشتري الحق بفسخ العقد.

٢- **بعد القبض**: تكون الزيادة مضمونة، فإذا قبضها المشتري يصير لها حصة من الثمن بالقبض، فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض(١).

والخلاصة: أن المبيع إذا هلك كله أو بعضه قبل التسليم، فإن البائع أي المدين الذي استحال عليه الوفاء بالتزامه بالتسليم، هو الذي يتحمل تبعة الهلاك، وينفسخ البيع في حالة الهلاك الكلي، أو فيما يقابل الجزء التالف في حالة الهلاك الجزئي. وهذا وأمثاله كما سنعرف في عقدي الإجارة والشركة يدل على أن الفقه الإسلامي قد أخذ بنظرية تحمل التبعة المعروفة لدى القانونيين(٢).

ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل والفاسد وعلى سوم الشراء: تكلمنا على ضمان المبيع في البيع الصحيح، فإن كان البيع باطلاً أو فاسداً(٣) أو المبيع مقبوضاً على سوم الشراء، فهل يكون مضموناً أم لا؟

---

(١) البدائع: ٥/٢٥٦، تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/٨٣ وما بعدها.

(٢) انظر رسالة (نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي) للدكتور زكي عبد البر: ص١٤٤ وما بعدها.

(٣) ميز الحنفية في البيع غير الصحيح بين البيع الباطل والبيع الفاسد، فالباطل عندهم: هو ما اختل ركنه أو محله كأن يكون العاقد ليس أهلاً لإجراء العقد، أو أن يكون محل العقد ليس قابلاً له. وحكمه أنه لا يفيد الملك أصلاً، والبيع الفاسد: هو ما اختل وصف من أوصافه بعد أن يستكمل أركانه، كأن تكون فيه جهالة، وحكمه أنه يثبت فيه الملك بالقبض بإذن المالك صراحة أو دلالة. ولم يفرق جمهور الفقهاء بين البيع الباطل والفاسد، فكلاهما بمعنى واحد لا يفيدان الملك أصلاً.

أما **المقبوض ببيع باطل**: فاختلف فيه علماء الحنفية، فقال بعض مشايخهم كأبي النصر الطواويسي وهو راوية عن أبي حنيفة: إنه يكون أمانة في يد المشتري، فلو هلك لا يكون مضموناً إلا بالتعدي أو بالتقصير في حفظه، لأن العقد باطل، والباطل غير معتبر، والموجود إنما هو القبض بإذن المالك أي البائع، وهذا لا يوجب الضمان إلا بالتعدي أو بالتقصير. وبهذا الرأي أخذت المجلة (م/ ٣٧٠).

وقال بعض آخر كالسرخسي وهو رواية عن الصاحبين وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة: إن المبيع المقبوض ببيع باطل يكون مضموناً في يد المشتري بمثله إن كان مثلياً، وبقيمته إن كان قيمياً، لأن القصد من هذا البيع هو المعاوضة، ولأن هذا المقبوض ليس بأدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء(١)، **والمقبوض على سوم الشراء** مضمون على قابضه باتفاق العلماء(٢).

والثمن المقبوض ببيع باطل: الصحيح عند الحنفية أنه مضمون، كالمقبوض بالبيع الفاسد(٣).

وأما **المقبوض ببيع فاسد**: فهو مضمون كالمغصوب إذا هلك بيد المشتري: بالمثل إن كان مثلياً، وبالقيمة إن كان قيمياً. وهو رأي الحنفية وسائر المذاهب الثلاثة. وتعتبر قيمة القيمي يوم القبض، لأن المبيع دخل في ضمان المشتري يومئذ. وقال محمد من الحنفية: تعتبر قيمته يوم التلف، لأنه تقرر الضمان عليه حينئذ(٤). وقد أخذت المجلة بالرأي الأول وهو أنه مضمون بقيمته يوم قبضه (م/ ٣٧١).

---

(١) المقبوض على سوم الشراء كما عرفنا سابقاً: هو المأخوذ ليشترى مع الاتفاق على الثمن بلا إبرام بيع كأن يقول البائع للمشتري: اذهب بهذا المتاع، فإن رضيته اشتريته بكذا، فإذا هلك ضمن القابض قيمته. أما إذا لم يتفق على الثمن، فذهب القابض بالمتاع، فهلك عنده فلا يضمن قيمته، وهذا هو المقبوض على سوم النظر (فتح القدير وشرح العناية بهامشه: ٥/ ١٨٧، رد المحتار والدر المختار: ٤/ ٥٢).

(٢) فتح القدير، المكان السابق، جامع الفصولين: ٢/ ٧٩، مجمع الضمانات: ص٢١٥، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ١٤٦، الفروق: ٢/ ٢٠٧، تحفة الطلاب للشيخ زكريا الأنصاري: ص١٨٣، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٢٧٨، القواعد لابن رجب: ص٥٩.

(٣) جامع الفصولين، المكان السابق.

(٤) درر الحكام: ٢/ ١٧٤ وما بعدها، جامع الفصولين، المكان السابق، مجمع الضمانات: ص٢١٤، ٢١٦، فتح القدير: ٥/ ١٨٨.

وأما **زوائد المبيع** بيعاً فاسداً فلا تضمن بالهلاك وتضمن بالاستهلاك أي إنها تكون أمانة في يد المشتري[١].

٢- **القسمة**: هي لغة الاقتسام، وشرعاً: إفراز بعض الأنصباء عن بعض، ومبادلة بعض الحصص ببعض[٢]. والقسمة التي هي عقد هي القسمة الرضائية لا القضائية. وكلامنا على القسمة يقصد به قسمة الأعيان المشتركة لا قسمة المنافع أو المهايأة، لأن الأولى هي التي يثور بشأنها مشكلة الضمان إذ إنها إفراز الملك المشترك.

ويلاحظ من تعريف القسمة أنها تتصف بوصفين: الإفراز والمبادلة والإفراز هو الأمر الظاهر في المكيلات والموزونات والذرعيات والعدديات المتقاربة لعدم التفاوت بين آحادها، حتى إنه يجوز لأحد المتقاسمين أن يأخذ نصيبه عند غيبة صاحبه ومن دون إذنه، لأنه يأخذ عين حقه. والمبادلة هي الأمر الظاهر في غير المكيلات والموزونات كالدور والحيوانات والعروض التجارية للتفاوت بين أفرادها، حتى إنه لا يكون لأحد المتقاسمين أخذ نصيبه عند غيبة صاحبه ولا من دون إذنه؛ لأن القسمة عندئذ مبادلة، ولا بد للمبادلة من التراضي.

لكن على كل حال لا تعرى القسمة عن معنى المبادلة أو المعاوضة، لأن ما يأخذه كل شريك، بعضه كان له، وبعضه كان لصاحبه، فهو يأخذ ما يخصه بطريق الإفراز، ويأخذ الجزء الآخر عوضاً عما يبقى من حقه في حصة صاحبه، فكانت القسمة إفرازاً من جهة، ومبادلة من جهة أخرى.

وبما أن القسمة تشتمل على المعاوضة، فهي عقد ضمان، فإذا قبض كل شريك نصيبه، ثم هلك، كان ضامناً له، وليس لصاحبه تعلق به. وإذا استُحق جزء معين من أحد النصيبين كبيت من دار، فالقسمة جائزة لا تفسخ ولا تنتقض باتفاق الحنفية، ولكن يرجع المستحق عليه الذي أخذ منه البيت على صاحبه بقدر ما يخصه من الجزء المستحق، إذ تبين أنه لم يكن مملوكاً للشركاء، فيرد لصاحبه، وكذلك لا تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ومحمد إذا استُحق جزء شائع من أحد النصيبين

(١) مجمع الضمانات: ص٢١٦.
(٢) البدائع: ١٧/٢.

كالربع أو الثلث مثلاً، ويرجع المستحق عليه على صاحبه بحصته من الجزء المستحق[١].

٣- الصلح عن مال بمال: الصلح لغة: قطع النزاع، وشرعاً: عقد وضع لرفع المنازعة، ويلزم المصالح أن يدفع بدل الصلح. والصلح يتضمن معنى المعاوضة؛ لأن المصالح يتنازل عادة عن بعض حقه، لذا قال الفقهاء: كل ما صلح بدلاً في البيع، صلح بدلاً في الصلح، وما لا يصلح عوضاً في البيوع لا يصلح بدلاً في الصلح، فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم والخنزير، وعلى ألف إلى الحصاد، وعلى حيوان إلى أجل[٢]. فالصلح عن مال بمال يعتبر في حكم البيع، وبما أن البيع عقد ضمان، فهذا الصلح عقد ضمان أيضاً.

٤- المخارجة أو التخارج: وهو أن يتفق الورثة عن تراض على أن يخرج بعضهم عن حقه في الميراث في مقابل شيء معلوم من التركة، أو من غيرها. وهو عقد معاوضة: أحد بدليه نصيب الوارث في التركة، والبدل الآخر: المال المعلوم من التركة أو من غيرها، ويعتبر صلحاً عند الفقهاء، إلا أنه أشبه بالبيع، فهو على كل حال عقد ضمان، يترتب عليه أثره بمجرد انعقاده، فيتملك الوارث الشيء المعلوم، وتزول ملكيته عن نصيبه الشرعي من التركة، سواء علم مقدار ما يرثه من التركة أم لم يعلم[٣].

٥- القرض: القرض لغة: القطع. واصطلاحاً عند الفقهاء: هو عقد وارد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله[٤]، كالنقود والحبوب والأقطان والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض. وهو في الحقيقة يشبه البيع لأنه تمليك مال بمال[٥]، فيؤخذ المال

---

(١) انظر تكملة فتح القدير: ٨/ ٣، اللباب شرح الكتاب: ٤/ ٩١، البدائع: ٧/ ٢٤، ٢٦، تبيين الحقائق: ٥ ص ٢٦٤، ٢٧٤، مجمع الضمانات: ص٣٩٤.

(٢) مجمع الضمانات: ص٣٩٠، البدائع: ٦/ ٤٢.

(٣) الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ٥٠٢ وما بعدها، نظام المواريث لأستاذنا عبد العظيم فياض: ص٢٢٥.

(٤) راجع الدر المختار: ٤/ ١٧٩، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٢٢٢.

(٥) البدائع: ٧/ ٢١٥.

من أجل استهلاكه في حاجيات المقترض، ثم يؤدي عوضاً عنه إلى المقرض عند حلول الأجل المتفق على تسليمه فيه، فالقصد منه إذن المعاوضة فهو عقد ضمان.

فإذا قبض المقترض المال، أصبح ضامناً له مطلقاً، سواء هلك بتعد أو تقصير منه في حفظه، أم بآفة سماوية، مثل المشتري بعد تسلمه المبيع.

والمقبوض بقرض فاسد كالمقبوض ببيع فاسد أيضاً، فإذا هلك يكون المقترض ضامناً مثله إذا كان من المثليات، وقيمته إذا كان من القيميات. جاء في فتاوى قاضي خان: رجل استقرض من رجل حيواناً ليقضي به دينه، فقبضه، وقضى به دينه، كان عليه قيمته، لأن قرض الحيوان فاسد، والقرض الفاسد مضمون بالقيمة كالمبيع بيعاً فاسداً[١].

٦- **إقالة عقود الضمان**: الإقالة لغة: الرفع، وشرعاً: رفع العقد ولو في بعض المبيع. وهي وإن كانت متفرعة عن البيع؛ لأنها أكثر ما تقع فيه، إلا أنها في الواقع تجري في جميع العقود اللازمة ما عدا عقد الزواج، فهي بتعبير أعم: عقد يرفع به عقد سابق[٢]. وإقالة عقود الضمان السابق ذكرها لها حكم هذه العقود، فإذا تم قبض أحد العوضين بعد الإقالة، كان القابض مسؤولاً عن ضمانه في جميع الحالات.

المبحث الرابع : عقود الأمانة

عقود الأمانة: هي التي لا يترتب عليها الضمان بالتلف بمجرد قبض المعقود عليه، وإنما بالتعدي عليه من القابض أو بالتقصير في حفظه.

وهذه العقود هي: الإيداع، والإعارة، والشركات، والوكالة والوصاية، والهبة.

١- **الإيداع**: هو تسليط الغير على حفظ ماله إما صراحة: مثل أودعتك، أو دلالة كوضع المال عند رجل حالة الحريق. ولا خلاف بين علماء المذاهب الفقهية في أن الوديعة أمانة محضة في يد الوديع، لا مضمونة، وأن الضمان لا يجب عليه

---

(١) جامع الفصولين: ٢/ ٨٠، مجمع الضمانات: ص٤٤٧.

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٢٩٠.

إلا بالتعدي أو بالتقصير، لقوله ﷺ: «ليس على المستودَع غير المُغِلّ ضمان»[١] ويترتب على ذلك أنه يجب رد الوديعة عند طلب المالك لها مع الإمكان، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨/٤].

وتضمن الوديعة إذا ترك الوديع حفظها، أو أودعها عند من لا يودع ماله عنده عادة، أو استعملها في حاجاته الشخصية، أو سافر بها سفراً يعرضها للمخاطر، أو جحدها أي أنكر وجودها لديه بعد طلب المودع لها، أو خلط الوديعة بغيرها من أمواله أو بوديعة أخرى بحيث لا يمكن تمييزها، أو مات مجهلاً الوديعة أي لم يبينها، أو خالف شرط المودع في كيفية حفظها[٢].

وعقد الإيداع يتميز عن بقية عقود الأمانة بأن موضوعه ومقصده المباشر هو الائتمان على الحفظ، أما العقود الأخرى فموضوعها ليس مجرد الائتمان، وإنما هو تابع للمقصد الأصلي منها كالانتفاع والاستعمال والتصرف ونحو ذلك[٣].

٢- **الإعارة**: هو عقد يفيد تمليك المنفعة بغير عوض. وهذا مذهب الحنفية والمالكية. وقد اختلف أئمة المذاهب في حال يد المستعير هل هي يد أمانة أم يد ضمان؟

فقال **الحنفية**: إن المستعار أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال وفي غير حال الاستعمال، فلا يضمن على كل حال إلا بتعد أو تقصير، لأنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان، إذ إنه يقوم بحفظ مال الغير، وهذا إحسان في حق

---

(١) أخرجه الدارقطني والبيهقي في سننيهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: «ليس على المستودع غير المغل ضمان، ولا على المستعير غير المغل ضمان» والمغل: الخائن. قال الحافظ بن حجر: وفي إسناده ضعيفان.

(٢) راجع المبسوط: ١١/ ١١٠، ١٢٢ وما بعدها، البدائع: ٦/ ٢٠٨ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٧/ ٩١ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ٥١٦ وما بعدها، درر الحكام ٢/ ٢٤٥ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص٣٧٤، بداية المجتهد: ٢/ ٣٠٥، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٤٢٠ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣/ ٨٢-٩٠، المهذب: ١/ ٣٥٩-٣٦١، المغني: ٥/ ٣٨٢ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص٥٩.

(٣) انظر المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف٢٧٥.

المعير[١]، والله تعالى يقول: ﴿هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَٰنُ ۝٦٠﴾ [الرحمن: ٥٥/ ٦٠].

وقال **المالكية**: يضمن المستعير ما يغاب عليه: وهو ما يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي والسفينة السائرة في عُرض البحر، وذلك إذا لم يكن على التلف أو الضياع بينة على حصوله بلا سبب من المستعير.

ولا يضمن المستعير ما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار، ولا ما قامت البينة على تلفه.

ودليلهم الأخذ بمجموع حديثين أولهما - قوله ﷺ لصفوان بن أمية: «بل عارية مضمونة مؤداة» وفي رواية «بل عارية مؤداة» ثانيهما - حديث «ليس على المستعير غير المغل - أي الخائن - ضمان...» فيحمل الحديث الأول على ما يغاب عليه، ويحمل الحديث الآخر على ما لا يغاب عليه[٢].

وقال **الشافعية** في الأصح عندهم: إن العارية مضمونة على المستعير إذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه، أما إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه، فلا ضمان، لحدوث التلف بسبب مأذون فيه. فلو تعسرت الدابة من ثقل حمل مأذون فيه، أو ماتت به، أو تلف ثوب بلبسه المأذون فيه. أو سقط ثور في ساقية استعير لاستعماله فيها، فلا ضمان في هذه الحالات كلها[٣]، وهذا قريب من مذهب الحنفية.

وقال **الحنابلة** في ظاهر المذهب: إن العارية مضمونة على المستعير مطلقاً، سواء أتعدى المستعير، أم لم يتعد[٤]، بدليل حديث صفوان بن أمية السابق ذكر بعضه، وهو أن النبي ﷺ استعار منه درعاً يوم حنين، فقال: أغصباً يا محمد؟

---

(١) المبسوط: ١١/ ١٣٥، البدائع: ٦/ ٢١٧، تكملة فتح القدير: ٧/ ١٠٣، مجمع الضمانات: ص٥٥.

(٢) بداية المجتهد: ٢/ ٣٠٨، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٣/ ٤٣٦، القوانين الفقهية: ص٣٧٣.

(٣) المهذب: ٢/ ٣٦٣، مغني المحتاج: ٢/ ٢٦٧، حاشية الباجوري على أبي شجاع: ٢/ ١٠، الإقناع وحاشية البجيرمي عليه: ٣/ ١٢٩، ١٣٦، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٥٠.

(٤) المغني: ٥/ ٢٠٣، القواعد لابن رجب: ص٥٩.

قال: «بل عارية مضمونة»[١] فهذا إخبار بصفة العارية وحكمها. وقال عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٢] وقد فرق الإمام أحمد بين العارية والوديعة: بأن اليد في العارية آخذة، وفي الوديعة معطاة، فالمصلحة في العارية للمستعير، وفي الوديعة للمودع.

والخلاصة أن المذاهب في كون المستعار أمانة أم مضموناً: هي أمانة عند الحنفية، ومضمون عند الحنابلة، ومتوسط، فيه تفصيل عند المالكية والشافعية.

٣- الشركة بأنواعها:

عقد الشركة: هو أن يتفق اثنان فأكثر على الاشتراك في الاتجار بمال وربحه.

والفقهاء متفقون على أن يد الشريك في شركات الأموال يد أمانة كالإيداع، لأن كل شريك قبض مال الشريك الآخر بإذن صاحبه للمتاجرة فيه، لا لأجل أن يدفع الثمن، كما هو الحال في المقبوض على سوم الشراء، فإنه مقبوض لأجل أن يدفع القابض الثمن، ولا لأجل التوثق به كما هو الحال في عقد الرهن، فإنه مقبوض لأجل التوثق بالدين.

وبناء عليه: إذا هلك المال في يد الشريك من غير تفريط لم يضمن مثله أو قيمته، لأنه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف، فكان الهالك في يده كالهالك في يد شريكه. وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل شراء شيء لحساب الشركة، بطلت الشركة.

ويقبل قول الشريك بيمينه في مقدار الربح والخسارة وضياع بعض المال أو كله، ولو في غير حال التجارة. ويضمن بالتعدي أو بالتقصير فقط كما هو المقرر في سائر الأمانات[٣].

---

(١) أخرجه أبو داوود والنسائي وأحمد وصححه الحاكم من حديث صفوان بن أمية.

(٢) أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة وصححه الحاكم من حديث سمرة بن جندب، وقد سبق تخريجه.

(٣) المبسوط: ١١/ ١٥٧، تبيين الحقائق: ٣/ ٣٢٠، فتح القدير: ٥/ ٢٧، رد المحتار والدر المختار: ٣/ ٣٧٩، بداية المجتهد: ٢/ ٢٥٣، المهذب: ١/ ٣٤٧، المغني: ٥/ ١٨، مجمع الضمانات: ص٢٩٧.

والمضاربة: هي أن يدفع المالك إلى العامل مالاً ليتجر فيه، ويكون الربح مشتركاً بينهما بحسب ما شرطا، وهي من أنواع الشركات. ولم يختلف أئمة المذاهب أيضاً على أن العامل المضارب أمين فيما في يده من رأس المال بمنزلة الوديعة؛ لأنه قبضه بإذن مالكه، لا بقصد المبادلة كالمقبوض على سوم الشراء، ولا بقصد التوثق كالرهن.

وعلى هذا إذا تلف المال في يد العامل المضارب من غير تفريط، لم يضمن؛ لأنه نائب عن رب المال في التصرف، فلم يضمن من غير تفريط في الحفظ، كالوديع. وإذا هلك مال المضاربة قبل التصرف به بطلت المضاربة، والقول قول المضارب مع يمينه في إثبات الهلاك.

ولو استهلك المضارب المال أو أنفقه، أو أعطاه رجلاً فاستهلكه، لم يكن له أن يشتري شيئاً لحساب شركة المضاربة، حتى يأخذ الضمان من المستهلك[(١)].

من الذي يتحمل تبعة الهلاك في الشركات؟

إذا هلك مال أحد الشركاء في عقد شركة قبل خلط رأس المال ببعضه، أو قبل القيام بشراء شيء لحساب الشركة، بطلت الشركة؛ لأن كل شريك لم يرض بشركة صاحبه، إلا ليشركه في ماله، فإذا هلك ماله، لم يكن راضياً بشركته عند عقد الشركة أي ينقضي حينئذ التزامه، ويبطل العقد لعدم فائدته، ويهلك المال حينئذ على ذمة صاحبه، وبذلك تقع التبعة على المدين، كما ذكرنا في عقد البيع.

أما إن هلك مال شريك بعد خلط المالين ببعضهما أو بعد شراء الشريك الآخر شيئاً بماله، فإن الهلاك يكون على حساب الشريكين، ويكون الشيء المشترى بينهما حسبما اتفقا في عقد الشركة[(٢)].

---

(١) مختصر الطحاوي: ص١٢٤، المبسوط ١٩/٢٢، تكملة فتح القدير والعناية: ٧ ص٥٨، تبيين الحقائق: ٥/ ٥٣، البدائع: ٦/ ٨٧، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٥٣٦، بداية المجتهد: ٢/ ٢٣٤، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٢، المهذب: ١/ ٣٨٨، المغني: ٥/ ٦٩، غاية المنتهى: ٢/ ١٧١، مجمع الضمانات: ص٣٠٣.

(٢) راجع المبسوط: ١١/ ١٦٤ وما بعدها، مختصر الطحاوي: ص١٠٧، فتح القدير: ٤/ ٢٢، تبيين الحقائق: ٣/ ٣١٩، الدر المختار: ٣/ ٣٧٥.

٤- الوكالة: هي لغة الحفظ أو التفويض، وشرعاً: هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم. أو هي تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل. واتفق الفقهاء على أن المقبوض في يد الوكيل يعتبر أمانة بمنزلة الوديعة ونحوها؛ لأن يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد الوديع، فيضمن بما يضمن في الودائع، ويبرأ بما يبرأ فيها، ويكون القول قول الوكيل في دفع الضمان عن نفسه، وإيصال الأمانة لصاحبها. ومجمل القول أن الوكيل أمين فيما قبضه، فلا ضمان عليه لموكله إلا إذا حدث منه تعد أو تفريط[١].

٥- الوصاية: هي جعل الغير مالكاً لماله بعد موته، أو تفويض التصرف في ماله ومصالح أطفاله إلى غيره بعد موته[٢]، أي إنه عقد يفوض به الإنسان بعد وفاته لآخر تنفيذ وصيته أو رعاية حقوق أولاده القاصرين[٣].

ويعدّ الوصي نائباً شرعياً عن الموصي يتولى تنفيذ الوصية، وإدارة شؤون القاصرين المالية من تثمير وتنمية واتجار وإنفاق ونحو ذلك. وتعدّ يده يد أمانة، فيقبل قوله فيما يدعيه من الإنفاق، ولا يضمن ما يتلف بيده دون تعد أو تقصير في الحفظ[٤]. ويسمى هذا الوصي الذي اختاره الموصي في حياته: الوصي المختار[٥].

٦- الهبة: هي عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعاً، وهي من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم، لأنها تبرع عند الحنفية غير ملزم. واتفق الفقهاء على أن قبض الهبة قبض أمانة غير مضمون، لأن الهبة عقد تبرع كالإعارة والإيداع.

وتظهر فائدة كون الموهوب أمانة عند الرجوع في الهبة، فإنه يجوز الرجوع عند الحنفية بالرضا أو بالقضاء، لقول الرسول ﷺ: «الواهب أحق بهبته ما لم يُثب

---

(١) راجع تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ٢٥٦، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص١٣٧، بداية المجتهد: ٢/ ٢٩٨، القوانين الفقهية: ص٣٢٩، مغني المحتاج: ٢/ ٢٢٩ وما بعدها، المغني: ٥/ ١٣٠.

(٢) درر الحكام: ٢/ ٤٢٧.

(٣) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٢٩٣.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ١٢١.

(٥) الدر المختار: ٥/ ٤٩٦.

منها»[١] أي يعوض. وعند الشافعية والحنابلة: يجوز الرجوع في الهبة للوالد فيما أعطى ولده فقط، لقوله عليه السلام: «ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده»[٢] ولم يجز المالكية الرجوع مطلقاً وتلزم الهبة بالقبض إلا في هبة الوالد لولده بشروط خمسة: وهي ألا يتزوج الولد بعد الهبة، ولا يحدث ديناً لأجل، وألا يتغير الموهوب عن حاله، وألا يحدث الموهوب له في الموهوب حدثاً، وألا يمرض الواهب أو الموهوب له. فإن وقع شيء من ذلك امتنع الرجوع.

فإذا هلك الموهوب أو استهلك فلا سبيل إلى الرجوع في الشيء الهالك، ولا في قيمته، لأنها ليست موهوبة، لعدم ورود العقد عليها، وقبض الهبة أمانة عند الموهوب له غير مضمون. ولكن يضمن هلاك الموهوب إذا امتنع الموهوب له من رده بعد صدور حكم قضائي برده وطلب الواهب ذلك، لأن المنع بعد الطلب يوجب الضمان في الأمانات[٣].

وأما الهبة الفاسدة كهبة المشاع القابل للقسمة عند الحنفية كالدار والبيت الكبير فهي مضمونة بالقبض، ولا يملكها الموهوب له بالقبض على ما هو المختار عند الحنفية، على عكس المقبوض ببيع فاسد، فإنه يملك بالقبض[٤].

المبحث الخامس: العقود المزدوجة الأثر

العقود المزدوجة الأثر: هي التي تكون ذات تأثير مزدوج، فهي في أصلها العام والغالب فيها أنها تنشئ صفة الأمانة، إلا أنها من ناحية أخرى تنشئ صفة الضمان. وهذه العقود ثلاثة: الإجارة، والرهن والصلح عن مال بمنفعة[٥].

---

(١) رواه الحاكم وصححه هو وابن حزم من حديث ابن عمر؛ ورواه البيهقي من طريق الحاكم وقال: والصحيح من هذه الرواية عن عمر من قوله.

(٢) أخرجه أصحاب السنن الأربعة من حديث ابن عمر وابن عباس بلفظ «لا يحل لرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة ثم يرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده...» قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) البدائع: ١٢٨/٦، درر الحكام: ٢٢٣/٢، الدر المختار ورد المحتار: ٥٤٢/٤، فتح العزيز شرح الوجيز: ٢٥٣/١١.

(٤) مجمع الضمانات: ص٣٣٤، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ الحمزاوي: ص٢٠٤.

(٥) المدخل الفقهي للزرقاء: ف ٣٠٣.

أولاً: الإجارة:

الإجارة نوعان: إجارة على المنافع؛ وهي أن يكون المعقود عليه هو المنفعة كإجارة الدور والمنازل والحوانيت، والدواب للركوب والحمل، والثياب والحلي للبس، والأواني للاستعمال. وإجارة على الأعمال: وهي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة وحمل وصباغة وإصلاح شيء ونحو ذلك من حالات إجارة الأجراء.

ففي إجارة المنافع: تعدّ العين المأجورة أمانة في يد المستأجر باتفاق العلماء، فإذا تلفت بغير تفريط منه، لم يضمنها، لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها، فكانت أمانة[1] وقد نصت المادة (٦٠٠) من المجلة على ذلك فقالت: «المأجور أمانة في يد المستأجر إن كان عقد الإجارة صحيحاً أو لم يكن».

أما المنافع المعقود عليها كسكنى الدار وركوب السيارة، فهي مضمونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها بالتسليم الفعلي للمأجور أو بالتخلية، فلو لم ينتفع بالمأجور مدة من الزمن، يلزمه دفع الأجرة عن تلك المدة. وهذا ما نصت عليه المادة (٤٧٠) من المجلة ونصها هو: «تلزم الأجرة في الإجارة الصحيحة أيضاً بالاقتدار على استيفاء المنفعة، مثلاً: لو استأجر أحد داراً بإجارة صحيحة، فبعد قبضها يلزمه إعطاء الأجرة، وإن لم يسكنها». وهذا هو أثر الضمان الذي يترتب على انعقاد الإجارة.

وفي الإجارة الفاسدة عند الحنفية والحنابلة: يستحق المؤجر أجر المثل لا الأجر المسمى في العقد، إذ استوفى المستأجر المنفعة، إلا أنه عند الحنفية إذا كان فساد الإجارة بسبب جهالة الأجرة أو بسبب عدم تسمية الأجر، فإنه يجب الأجر بالغاً ما بلغ، وإن كان الفساد بسبب فقدان شرط من شروط صحة العقد[2]، فيجب أجر المثل بشرط ألا يتجاوز الأجر المسمى في العقد (المادة ٤٦٢ مجلة)[3].

---

(١) البدائع: ٤/ ٢١٠، جامع الفصولين: ٢/ ١٦٣، القوانين الفقهية: ص٢٧٨، بداية المجتهد: ٢/ ٢٢٩، المهذب: ١/ ٤٠٨، المغني: ٥/ ٤٨٨، مغني المحتاج: ٢/ ٣٥١.

(٢) كعدم الرضا في العقد أو كون الأجرة مالاً غير متقوم، أو جهالة المنفعة أو محل المنفعة أو المدة.

(٣) البدائع: ٤/ ١٩٥، درر الحكام: ٢/ ٢٣١، تبيين الحقائق: ٥/ ١٢١، تكملة فتح القدير: ٧/ ١٧٤، رد المحتار: ٥/ ٣١، القواعد لابن رجب: ص٦٧.

من الذي يتحمل تبعة هلاك المأجور في إجارة المنافع؟

إذا هلكت العين المؤجرة في إجارة المنافع أو إجارة الأشياء بقوة قاهرة، تحمل المؤجر (وهو المدين بتسليم العين للانتفاع بها) تبعة الهلاك كما يتضح في الحالات الآتية[1]:

١- إذا كان الهلاك كلياً، كأن انهدمت الدار المأجورة، أو غرقت الأرض المؤجرة للزراعة، أو ماتت الدابة المستأجرة للحمل أو للركوب، أو سرق الثوب المؤجر للخياطة أو للقصارة، ففي هذه الحالات ونحوها تنتهي الإجارة، لوقوع اليأس عن استيفاء المنفعة المعقود عليها بعد هلاك العين المؤجرة، فلم يعد في بقاء العقد فائدة. وتسقط الأجرة عن المستأجر بالنسبة للمدة الباقية لانتهاء العقد.

٢- وإذا كان الهلاك جزئياً كانهدام إحدى الدارين أو الحمامين المستأجرين، يسقط عن المستأجر ما يقابل منفعة الشيء الهالك من الأجرة، ويكون له الحق في فسخ الإجارة لتفرق الصفقة عليه.

ولا يسقط في ظاهر الرواية شيء من الأجرة بسقوط حائط دار، ويبطل حق المستأجر في فسخ الإجارة إن لم يخل العيب بالنفع بالدار، أو أزال المؤجر العيب، أو انتفع بالشيء المستأجر المشتمل على العيب المخل، لأنه رضي بالعيب، فيلزمه جميع الأجر.

٣- وإذا كانت الاستحالة مؤقتة، أي إن الانتفاع بالمأجور يتعذر في مدة معينة، كانقطاع الماء عن الطاحون مدة شهر مثلاً، فإنه يسقط عن المستأجر أجر تلك المدة، ويكون له الحق في فسخ الإجارة، فإن لم يفسخ، ثم أصبح الانتفاع ممكناً، سقط حقه في الفسخ.

والخلاصة: أن هذه الأحكام بالإضافة إلى ما ذكرناه في هلاك المبيع تدلنا على أن الفقه الإسلامي أخذ بنظرية تحمل التبعة: وهو أن الهلاك على المدين، لأن يد

---

(١) البدائع: ٤/ ٢٢٣، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٥٣ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٥/ ١٤٣ وما بعدها، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي للدكتور زكي عبد البر: ص١١٥ وما بعدها.

المستأجر يد أمانة، وقد ينفسخ العقد أحياناً، وقد يكون قابلاً للفسخ على التفصيل المذكور.

وأما الإجارة على الأعمال: فالضمان فيها يختلف حكمه بسبب صفة الأجير.

والأجير نوعان: خاص وعام. والأجير الخاص أو أجير الوَحَد: هو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة؛ أو هو الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، وإن لم يعمل، كالخادم في المنزل والأجير في المحل.

والأجير العام أو المشترك: هو الذي يعمل لعامة الناس؛ أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس، كالصباغ والحداد والكواء والصانع والطبيب ونحو ذلك[١].

وقد كان الحكم في صفة يد الأجير المشترك كالأجير الخاص، كل منهما يده يد أمانة لا يضمن هلاك الشيء إلا بالتعدي أو بالتقصير، لكن نظراً لفساد ديانة الناس وكثرة ادعائهم التلف، أوجب الفقهاء تضمين الأجير المشترك لمصلحة الناس في ذلك.

وعلى هذا فإن المذاهب الأربعة متفقة على أن الأجير الخاص لا يكون ضامناً للعين التي تسلم إليه للعمل فيها إلا بالتفريط، لأن يده يد أمانة كالوكيل والشريك المضارب. مثلاً: إذا استأجر إنسان خياطاً أو حداداً مدة يوم أو شهر ليعمل له وحده، فلا يضمن العين التي تهلك في يده، ما لم يحصل منه تعد أو تقصير في حفظه، سواء تلف الشيء في يده أم في أثناء عمله.

وأما الأجير المشترك: فهو ضامن لما جنت يده أو قصر في حفظه، فإن تلف الشيء في يده من غير تعدٍ منه ولا تفريط، ففي تضمينه رأيان للعلماء: رأي يضمنه، والآخر لا يضمنه، وهذان الرأيان هما:

١- قال أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد، والشافعي وأحمد في الصحيح من قوليهما: يد الأجير المشترك يد أمانة كالأجير الخاص، فلا يضمن ما تلف عنده

(١) البدائع: ٤/ ١٧٤، تكملة فتح القدير: ٧/ ٢٠٠، تبيين الحقائق: ٥/ ١٣٣ وما بعدها.

إلا بالتعدي أو بالتقصير، لأن الأصل في التضمين ألا يجب إلا بالاعتداء لقوله تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٣] ولم يوجد التعدي من هذا الأجير، لأنه مأذون في القبض، ولم يتسبب في الهلاك، ثم إنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك، فكان حكمه كالشريك المضارب يده يد أمانة[١].

٢- وقال الصاحبان وبقولهما يفتى عند الحنفية، والشافعي وأحمد في قول عندهما، والمالكية: يد الأجير المشترك يد ضمان، فهو ضامن لما يهلك في يده، ولو بغير تعد أو تقصير منه.

واستثنى الصاحبان حالة حصول الهلاك بحريق غالب عام، أو غرق غالب ونحو ذلك.

وعلى هذا: يضمن الأجير المشترك ما تلف بيده مطلقاً، فالقصار ضامن لما يتخرق بيده، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه، والخباز ضامن لما أفسد من خبزه، والحمال ضامن لما سقط من الحمل الذي يحمله أو تلف أثناء عثرته، والجمّال ضامن لما تلف بقيادته وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به بعيره، والملاح ضامن ما تلف في حيازته، أو بسبب المواد التي تطلى أو تمون بها السفينة.

ودليل هؤلاء قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤] وقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٢] وما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ ويقول: «لا يصلح الناس إلا هذا» وكان الشافعي يردد هذا القول، ولا يفتي بالقول الأول السابق ذكره لفساد الناس، ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس. ثم

---

(١) الفتاوى الهندية: ٤/ ٤٨٦، مختصر الطحاوي: ص١٢٩، المبسوط: ١١/ ١٠٣، البدائع: ٤/ ٢١١، تكملة فتح القدير: ٧/ ٢٠٧، درر الحكام: ٢/ ٢٣٥، معين الحكام: ص١٩٥، جامع الفصولين: ٢/ ١٧١، رسائل ابن عابدين: ٢/ ١٧٨، مغني المحتاج: ٢/ ٣٥١، المهذب: ١/ ٤٠٨، المغني: ٥/ ٤٧٩، ٤٨٧.

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة والطبراني وابن أبي شيبة والحاكم وصححه عن سمرة بن جندب.

إن الأجير المشترك قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق شيء مقابل عليه، فيضمنها كالمستعير والمرتهن(١).

والخلاصة: أن الأجير المشترك على هذا الرأي يختلف عن الأجير الخاص حالة تلف الشيء عنده من دون تقصير، وأن تضمينه لا يخالف دليلاً شرعياً، وإنما هو تحقيق مناط حكم شرعي ثابت بالنص، فهو تطبيق للنص وليس خروجاً عليه، ولا استثناء منه.

من الذي يتحمل تبعة الهلاك في إجارة الأعمال؟

الأجير في إجارة الأعمال أو إجارة الأشخاص نوعان كما بينا: خاص ومشترك.

فالأجير الخاص: يستحق الأجرة بعد انتهائه من العمل وإكماله، فإن لم يكمله وعمل بعض العمل، فيستحق من الأجر بقدر ما أنجز من العمل، ويصير المعمول مسلماً إلى صاحبه، ويملك المطالبة بقدر ذلك. فلو استأجر شخص رجلاً ليبني له بناء في داره، أو ليحفر له بئراً أو نهراً في ملكه، فإذا عمل بعض العمل، فله أن يطالب من الأجرة بقدر ما عمل. وإن فرغ من العمل لم يسقط شيء من الأجرة، وإن لم يعمل شيئاً لا أجر له.

أما إذا استحال على الأجير إتمام عمله، فيسقط من الأجر بحساب ذلك من المدة المؤجر لها.

والخلاصة: أن التبعة تكون على الأجير أي المدين، كما ذكرنا في إجارة الأشياء. والأجير المشترك. إما أن يكون لعمله أثر ظاهر في العين، وإمّا ألا يكون لعمله أثر في العين.

١- فإن كان لعمله أثر ظاهر في العين المؤجرة كالخياطة والصباغة والقصارة: فيجب له الأجر بتسليم ذلك الأثر، فإن هلك الشيء قبل التسليم أي التخلية في يد الأجير، لو بعد الفراغ من العمل سقط الأجر، لأن الأثر المعقود عليه - وهو

(١) المراجع السابقة، الشرح الكبير للدردير: ٤/٢٨، بداية المجتهد: ٢/ ٢٣٠، القوانين الفقهية: ص٢٧٨، ٣٣٦.

صيرورة القماش مثلاً مخيطاً - لم يسلم، والبدل - أي الأجر - يقابل ذلك الأثر، فكان كالمبيع.

وعلى هذا فإن التبعة تكون على المدين.

٢- وإن لم يكن لعمل الأجير أثر ظاهر كالحمال والملاح، فيجب الأجر بمجرد الانتهاء من العمل، وإن لم يسلم العين لصاحبها؛ لأن البدل يقابل نفس العمل، فإذا انتهت مدة الإجارة، فقد فرغ من العمل، وصار مسلماً للعين التي هي ملك صاحبها، فلا يسقط الأجر بهلاك الشيء بعدئذ.

وإذا استحال على الأجير القيام بالعمل، سقط الأجر عن المستأجر، كله أو بعضه، حسب واقع الحال، فإن مات الحمال مثلاً قبل البدء بالحمل، سقط الأجر كله، وإن مات في نصف الطريق، استحق نصف الأجر. وإن سرق المتاع من الحمال في بعض الطريق، سقط من الأجر بحسابه.

وبذلك يظهر أن الذي يتحمل التبعة هو المدين أي الأجير[١]. وخلاصة القول: أن الذي يتحمل تبعة الهلاك في عقد الإيجار هو المدين كما هو المقرر في عقد البيع وعقد الشركة، وينفسخ العقد حينئذ، وهذا هو المراد بنظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي.

ثانياً: الرهن

ينشئ عقد الرهن في بعض المذاهب ضماناً من ناحية وأمانة من ناحية أخرى تعتبر هي الأصل العام في صفة يد المرتهن، فالمال المرهون مضمون منه على المرتهن بما يساوي الدين فقط، وأما الزائد على ما يساوي مقدار الدين فهو أمانة في يد الدائن المرتهن.

وتفصيل أقوال العلماء في حكم يد المرتهن، أهي يد أمانة أم يد ضمان هو ما يأتي[٢]:

---

(١) راجع التفصيل في البدائع: ٤/ ٢٠٤ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٥/ ١٠٩ وما بعدها، رد المحتار والدر المختار: ٥/ ١٢، نظرية تحمل التبعة: ص١٢٧ وما بعدها.

(٢) وراجع مذكرات في الرهن للدراسات العليا لأستاذنا الشيخ علي الخفيف: ص١٠٩.

١- قال الحنفية والشيعة الزيدية: إن يد المرتهن هي يد أمانة بالنظر إلى عين المال المرهون، لكنها مع ذلك تعتبر يد استيفاء بالنسبة لما يعادل الدين من مالية الرهن، بمعنى أن ما يساوي الدين من مالية الرهن تعتبر يد المرتهن يد استيفاء، فإذا امتنع رد المرهون بسبب من الأسباب كان المرتهن مستوفياً من دينه هذا المقدار واحتسب من ضمانه نتيجة لذلك.

وأما ما زاد من قيمة المرهون على الدين فهو أمانة يهلك هلاك الأمانات، فلا يضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير.

يعني أن الرهن يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين، فإن كان مساوياً للدين أو أكثر سقط الدين، وكانت زيادته أمانة تهلك على صاحبها وهو الراهن؛ وإن كان أقل من الدين هلك بقيمته، ورجع المرتهن على الراهن بما بقي له من دينه. وإن لم تعرف قيمة المرهون، كان بما رهن فيه[(١)] لقوله ﷺ: «إذا عُمِّي الرهن فهو بما فيه»[(٢)].

ومثل المرهون في ذلك **المبيع بيعاً بالوفاء** في يد المشتري، فهو مضمون عليه ضمان الرهن، أي إنه إذا هلك في يده، يضمن من قيمته بمقدار الثمن المدفوع، كما يضمن المرتهن ما يعادل مقدار الدين إذا هلك الشيء المرهون.

واستدل الحنفية لمذهبهم بما روي أن النبي ﷺ قال: «الرهن بما فيه»[(٣)] أي يهلك بالدين الذي رهن فيه، وبما روي عن عطاء أن رجلاً رهن فرساً، فنفق[(٤)] عند المرتهن، فجاء إلى النبي ﷺ فأخبره بذلك، فقال له: «ذهب حقك»[(٥)] ففي هذين الحديثين دلالة على أن المرتهن تحمل تبعة الهلاك حيث سقط دينه في مقابل هلاك المرهون، مما يدل على أن يد المرتهن هي يد ضمان بالنسبة لما يعادل قدر الدين.

---

(١) درر الحكام: ٢/ ٢٤٩، جامع الفصولين: ٢/ ١٦٠، تبيين الحقائق: ٦/ ٦٤، البدائع: ٦/ ١٥٤.

(٢) لم يرو هذا الكلام بهذا اللفظ عن الرسول ﷺ، وإنما بلفظ الحديث الآتي ذكره.

(٣) رواه الدارقطني مسنداً من حديث أنس، وهو ضعيف، ورواه أبو داوود مرسلاً من حديث عطاء، قال ابن القطان: مرسل صحيح.

(٤) نفق الشيء بوزن تعب: أي فني.

(٥) أخرجه أبو داوود في مراسيله وابن أبي شيبة في مصنفه، وهو حديث مرسل ضعيف.

٢- وقال جمهور الفقهاء وهو مذهب المالكية في الجملة، والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية: إن يد المرتهن يد أمانة، فإذا هلك المرهون، فلا يضمنه إلا بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ.

واستدلوا بما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: «لا يَغْلق[١] الرهن ممن رهنه، له غنمه وعليه غرمه»[٢] قال الحاكم: هذا حديث صحيح. ووجه الاستدلال به أنه جعل غرمه - ومنه هلاكه - على الراهن، وذلك مقتضى الأمانة[٣].

ثم إن المرهون يعتبر وثيقة بالدين، فلا يجوز أن يسقط الدين بهلاكه، اعتباراً بهلاك الصك، إذ إن ذلك يتنافى مع جعله وثيقة.

وكذلك إن المرهون في يد المرتهن برضا الراهن، فيعتبر أميناً كالوَديع بالنسبة للمودع.

والإمام مالك مع أنه يعتبر يد المرتهن يد أمانة، لكنه استحسن تضمين المرتهن عند وجود التهمة، وهي توجد إذا كان المرهون مما يُغاب عليه (أي مما يمكن تغييبه وإخفاؤه) كالحلي والثياب والسلاح ونحو ذلك، وكان بيد المرتهن لا بيد أمين آخر، ولم تقم بينة على هلاكه أو احتراقه أو سرقته بلا تعد ولا إهمال.

أما إذا كان المرهون مما لا يغاب عليه كالعقار والدور والحيوان أو كان الرهن بيد أمين، أو قامت بينة على تلفه بلا تعد ولا إهمال من المرتهن، فلا يضمنه المرتهن عند هلاكه[٤].

---

(١) يقال: غلق الرهن: إذا خرج عن ملك صاحبه الراهن واستولى عليه المرتهن بسبب عجزه عن أداء ما رهنه فيه، وكان هذا عادة العرب فنهاهم النبي ﷺ.

(٢) رواه الشافعي وابن حبان والدارقطني والحاكم والبيهقي وابن ماجه.

(٣) بداية المجتهد: ٢/ ٢٧٤، القوانين الفقهية: ص٣٢٤، الفروق: ٢/ ٢٠٧، مغني المحتاج: ٢/ ١٣٦، المغني: ٤/ ٣٩٦، الإفصاح: ص١٩٢.

(٤) يرى المالكية أن هذه التفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه من أجل التضمين تطبق أيضاً على الأشياء المستعارة كما ذكرنا سابقاً، وعلى ما يتلف في أيدي الصناع والأجراء المشتركين، والمبيع في يد المشتري بخيار الشرط، ونفقة المحضون في يد الحاضن. والصداق (المهر) في يد الزوجة إذا حصلت الفرقة قبل الدخول بفسخ أو طلاق، وما بيد الورثة من التركة إذا طرأ دين أو وارث آخر، والمبيع المحتبس بالثمن، والمغصوب المشترى من غاصب إذا لم يعلم المشتري بالغصب (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ٢٥٤، القوانين الفقهية: ص٣٣٥).

والقانون المدني في سورية ومصر قريب في أساسه في مذهب المالكية، فإنه اعتبر المرتهن مسؤولاً مبدئياً عن هلاك الشيء المرهون أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه، فإذا ثبت ذلك كان الراهن متحملاً تبعة الهلاك[١].

ففي حال الهلاك بالقوة القاهرة يتفق القانون مع مذهب المالكية، وفيما عدا ذلك يقترب القانون من المذهب الحنفي، ومذهب جماعة من السلف[٢] القائلين بأن يد المرتهن على المرهون يد ضمان.

ثالثاً: الصلح عن مال بمنفعة:

إذا كان بدل الصلح عن مال متنازع فيه منفعة،اعتبر عقد الصلح في حكم الإجارة، فتعتبر عين الشيء المتصالح على منفعته أمانة في يد المصالح، وأما منافعه فهي مضمونة على المصالح بمجرد التسليم، فإذا مضت مدة الانتفاع المتفق عليها اعتبر المصالح مستوفياً حكماً لبدل الصلح وذلك كما ذكرنا بالنسبة للمأجور في يد المستأجر.

مثال كون بدل الصلح منفعة: أن يكون على رجل مئة ليرة مثلاً، فيصالح خصمه الدائن من ذلك على منفعة بيت، بأن يسكنه شهراً، أو على ركوب دابة أياماً معلومة، أو على زراعة أرض مدة معينة، ونحو ذلك، فهذا الصلح بمعنى الإجارة، أي إنه يطبق عليه حكم الإجارة باتفاق علماء المذاهب الأربعة[٣].

ضمان المقبوض بالعقد الفاسد: يحسن في ختام رد العقود أن نذكر ما قرره ابن رجب الحنبلي من قاعدة هامة في ضمان المقبوض بموجب عقد فاسد، فقال: «كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده، وكل عقد لا يجب

---

(١) راجع نص المادتين: ١١٠٢: ١، ١١٠٣ من القانون المدني المصري، والمادتين ١٠٣٥، ١٠٦٢ من القانون المدني السوري.

(٢) وهم شريح والنخعي والحسن البصري وعبد الله بن الحسين وأبو عبيد وإسحاق بن راهويه وهو مروٍ عن ابن عمر.

(٣) البدائع: ٦/ ٤٧، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣١، رد المحتار: ٤/ ٤٩٦، الشرح الكبير: ٣/ ٣١٠، مغني المحتاج: ٢/ ١٧٨، المغني: ٤/ ٤٨٣.

الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده[١]» ويعني بذلك أن العقد الصحيح إذا كان موجباً للضمان، فالفاسد كذلك، وإذا لم يكن الصحيح موجباً للضمان فالفاسد كذلك.

فالبيع والإجارة والزواج عقود موجبة للضمان مع الصحة، فكذلك مع الفاسد.

والأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة والصدقة: لا يجب الضمان فيها مع الصحة، فكذلك مع الفاسد.

المبحث السادس: يد الأمانة ويَد الضمان

يد الأمانة: هي يد الحائز الذي حاز الشيء لا بقصد تملكه، بل باعتباره نائباً عن المالك[٢]، كالوديع والمستعير والمستأجر والوكيل والشريك والمضارب والأجير الخاص وناظر الوقف.

وحكم الأمانات: أن واضع اليد عليها لا يضمنها إذا هلكت إلا إذا حصل منه تعدٍّ أو تقصير وإهمال، أي إنه لا يجب ضمانها بالتلف ويجب بالإتلاف، وقابض الأمانة لا يسأل عن المقبوض إلا بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ.

والفكرة في ذلك أن الشرع افترض الأمانة في واضع اليد عليها، والأمين يصدق فيما يدعيه، فإذا خرج عن طبيعته واستهان بالأمانة وجب عليه الضمان جزاء وفاقاً.

ومن صور التعدي في عقد الإيداع مثلاً أن يحفظ الوديع الوديعة بغير نفسه أو عياله، أو يودعها عند غيرهم ممن لا يودع ماله عندهم عادة، فإذا ضاعت أو تلفت ضمن مثلها أو قيمتها حسب كونها من المثليات أو من القيميات؛ لأن المالك رضي بيد الوديع لا بيد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة.

ومن صور التقصير، أن يهمل الوديع الوديعة، فلا يدفع عنها ما يتلفها كترك تهوية ثياب الصوف أو السجاد، لأنه يجب عليه أن يستعمل الوديعة الاستعمال الذي يحفظها، وعليه أن يطعمها ويسقيها إن كانت حيواناً.

---

(١) راجع القواعد له: ص٦٧ وما بعدها، وانظر المغني لابن قدامة: ٥/ ٤٨٩ .

(٢) اعتمدنا في تعريف يد الأمانة ويد الضمان على ما أورده التقنين المدني العراقي نقلاً عن الفقه الحنفي (راجع المادة ٤٢٧)، جامع الفصولين: ٢/ ٨١.

والخلاصة: أن الإتلاف موجب للضمان سواء في يد الأمانة أم في يد الضمان لقوة الإتلاف وتأثيره[١].

ويد الضمان: هي يد الحائز الذي حاز الشيء بقصد تملكه أو لمصلحة نفسه، كالغاصب والمشتري، والقابض على سوم الشراء أو ببيع فاسد، والمرتهن بمقدار الدين، فكل واحد من هؤلاء حاز الشيء لمصلحة نفسه، فإن حاز الشيء لمصلحة المالك تكون يده يد أمانة كالمستأجر ونحوه مما ذكرنا،فإنه يحوز الشيء المأجور لحفظه لمصلحة المؤجر.

وحكم يد الضمان: أن واضع اليد على الشيء يضمنه إذا عجز عن رده لصاحبه بفعله أو بفعل غيره أو بآفة سماوية، أي إنه يجب عليه ضمان المثل أو القيمة بالتلف والإتلاف في كل الأحوال، وقابض المضمون يكون مسؤولاً عن المقبوض تجاه الغير إذا هلك عنده ولو بآفة سماوية[٢].

والفكرة في ذلك أن كل إنسان مجزىً بعمله إن خيراً فخير، وإن شراً فشر، فمن أخذ مال غيره بغير حق، وحد من حريات الآخرين في التصرف بأموالهم والانتفاع بها، ضمن المال لتوفير حرية الناس بأموالهم، ومنع الغير من التطلع إليها، وجبر الخسارة التي لحقت بأصحابها بسبب زوال أيديهم عنها.

وعلى هذا إذا كان المالك حائزاً للشيء تحمل تبعة الهلاك كما هو واضح، فإن انتقلت الحيازة إلى غيره بعقد كالبيع، أو بإذن كما في سوم الشراء، أو بغير إذن كما في الغصب، فالضمان على الحائز أي إنه يتحمل تبعة الهلاك إذا كانت يده يد ضمان، والضمان على المالك إذا كانت يد الحائز يد أمانة[٣].

---

(١) المحلي على المنهاج: ٣/ ٣٠.

(٢) راجع حكم يد الأمانة والضمان في البدائع: ٥/ ٢٤٨، ٧/ ٨٠، المبسوط: ٩/ ١٤٤، فتح القدير: ٥/ ٢٠٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٦٧، الفروق: ٢/ ٢٠٧، بداية المجتهد: ٢/ ٣١١، القوانين الفقهية: ص٣٣٥، مغني المحتاج: ٢/ ٢٧٩م، المغني: ٤/ ٣١١، ٥٣٩، القواعد لابن رجب: ص٥٣ وما بعدها، ٣٠٩.

(٣) مصادر الحق للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري: ٦/ ١٩٦.

وسأذكر هنا بعض الأحكام الفقهية المتعلقة بيد الأمانة ويد الضمان وهي ما يأتي:

أ- تأثير السبب الأجنبي على الضمان:

إذا هلك الشيء بسبب أجنبي لا يد للحائز فيه كآفة سماوية أو تعدٍّ من الغير، فإن هذا السبب ينفي الضمان في يد الأمانة لا في يد الضمان.

فإذا هلك الشيء بسبب أجنبي في يد المستعير أو المستأجر أو الوديع أو الوكيل أو الشريك ونحوه ممن يده يد أمانة، فإن المسؤولية تنتفي عنهم، ولا يضمنون الشيء التالف.

أما إذا كانت اليد يد ضمان كيد البائع قبل تسليم المبيع، وكما في ضمان الاستحقاق أو العيب فلا ينتفي الضمان حتى بالسبب الأجنبي، ويكتفى في فقهنا بفسخ العقد. وأما عند القانونيين فإن التعويض الواجب فوق الفسخ هو الذي يمتنع وحده بالسبب الأجنبي[١].

ب- تغير صفة وضع اليد:

قد تتحول يد الأمين إلى يد غاصب أو معتد إذا وجد منه سبب من أسباب الضمان، فإذا تلف الشيء بعدئذ تحمل تبعة هلاكه مهما كان السبب سماوياً أو بشرياً. ويتجلى ذلك في هذه الأمثلة التي اخترناها من عقود ثلاثة: هي عقد الإيجار والإيداع والإعارة.

ففي عقد الإجارة على الأعمال: يتغير وضع اليد من صفة الأمانة إلى صفة الضمان[٢] في الأحوال الآتية[٣]:

---

(١) المرجع السابق: ص١٩٧ وما بعدها، البدائع: ٢٣٨/٥، رد المحتار: ٤٤/٤.

(٢) هذا بناء على رأي أبي حنيفة في أن يد الأجير هي يد أمانة سواء أكان خاصاً أم عاماً.

(٣) راجع البدائع: ٢١١/٤، تكملة فتح القدير: ٢٠١/٧، مختصر الطحاوي: ص١٣٠، المبسوط: ١٠٤/١٥، ١٦١، جـ٩/١٦، جامع الفصولين: ١٧٢/٢ وما بعدها، رد المحتار: ٤٦/٥، مجمع الضمانات: ص٢٨ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣٥١/٢.

أولاً- ترك الحفظ: إذا أهمل الأجير حفظ المتاع، فيلتزم بضمانه، لأن الأجير لما قبض المأجور فقد التزم حفظه، وترك الحفظ موجب للضمان، كالوديع إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت.

ثانياً- الإتلاف والإفساد: إذا تعدى الأجير بأن تعمد الإتلاف أو بالغ في دق الثوب مثلاً، ضمن، سواء أكان الأجير مشتركاً أم خاصاً.

وكذلك يضمن الأجير المشترك عند أبي حنيفة وصاحبيه ما يتلف بيده خطأ من غير قصد أو دون تَعَدٍّ بأن دق الثوب فتخرق، أو ألقاه في مادة كيماوية فاحترق، أو غرقت السفينة بعمل الملاح، أو سقط الحمل من على ظهر الحمال، أو هلكت دابة عندما ساق الراعي المشترك الدواب، فضرب بعضها بعضاً في حال سوقه، لأن العمل المأذون به هو العمل المصلح لا المفسد.

وقال الشافعية وزفر: لا يضمن الأجير المشترك العمل المأذون فيه في الجملة، وإنما يقتصر ضمانه على حالتي التعدي والتقصير في عمله.

ثالثاً- مخالفة المستأجر شرط المؤجر نصاً أو دلالة: بأن حمل الدابة حملاً أثقل من المتفق عليه، أو حملاً مغايراً لجنس الحمل المأجور له، أو استخدم الدابة في غير المكان أو الزمان المتفق عليه؛ أو صبغ الصانع الثوب بلون آخر غير المحدد في العقد، ونحو ذلك.

وفي عقد الإيداع: يتغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان بحالات هي[1]:

١- ترك الحفظ: إذا رأى الوديع إنساناً يسرق الوديعة، فتركه، وهو قادر على منعه، ضمن؛ لترك الحفظ الملتزم بالعقد.

٢- إيداع الوديعة عند من ليس في عياله، ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة: إذا أخرج الوديع الوديعة من يده، وأودعها عند غيره بغير عذر، يصير ضامناً؛ لأن

---

(١) المبسوط ١١، ص١١٣، ١٢٥، ١٣٢، البدائع: ٦/ ٢١١ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٧/ ٩١ وما بعدها، حاشية ابن عابدين: ٤/ ٥١٦، الشرح الكبير: ٤/ ٤٢٠ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص٣٧٤، بداية المجتهد: ٢/ ٣٠٧، مغني المحتاج: ٣/ ٨١ وما بعدها، المهذب: ١/ ٣٥٩، ٣٦١ وما بعدها، المغني: ٦/ ٣٨٣، ٣٨٧، ٤٠١.

المودع ارتضى بحفظ الوديع الأول، دون حفظ غيره، إلا إذا كان هناك عذر فلا يضمن، كأن وقع حريق في داره، أو كان في سفينة فخاف الغرق، فدفعها إلى غيره، ونحو ذلك من الأسباب الأجنبية القاهرة، لأن الدفع إلى الوديع الثاني في هذه الحالة تعين طريقاً للحفظ، فكان ذلك مأذوناً فيه من المالك دلالة أو ضمناً.

٣- استعمال الوديعة: إذا انتفع الوديع بالوديعة كركوب الدابة ولبس الثوب، فإنه يصير ضامناً، حتى ولو كان التلف بسبب سماوي.

٤- السفر بالوديعة: أجاز أبو حنيفة للوديع أن يسافر بالوديعة إذا كان الطريق آمناً، ولم ينهه صاحب الوديعة، فلو سافر حيث لا مانع فتلفت الوديعة، لا يضمن.

وقال الصاحبان: إن كان للوديعة حمل ومؤنة كالأشياء الثقيلة فلا يملك الوديع المسافرة بها، لأن في ذلك ضرراً بالمالك، أما إذا لم يكن للوديعة حمل ومؤنة، فله السفر بها ولا ضمان.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: ليس للوديع المسافرة بالوديعة، فإن سافر بها وعجز عن إيداعها عند أمين وخاف عليها إن تركت فلا ضمان عليه عند المالكية، ويضمن عند الآخرين إلا إذا وقع حريق أو غارة وعجز عمن يسلمها إليه، فليس السفر بها في غير حالة العذر، لأنه عرض الوديعة للضياع، والسفر كثير المخاطر، سواء أكان الطريق آمناً أم مخوفاً، قال أعرابي: «إن المسافر وماله لعلى قَلَت إلا ما وقى الله»[1] أي على خطر الهلاك.

٥- جحود الوديعة: إذا طلب المودع الوديعة، فجحدها الوديع، أو حبسها عنه وهو يقدر على تسليمها، ضمن، لأنه لما طالبه بالرد، فقد عزله عن الحفظ، فيكون بعد ذلك بالإمساك غاصباً مانعاً.

٦- خلط الوديعة بغيرها: إذا خلط الوديع الوديعة بمال نفسه أو بوديعة أخرى بحيث لا يمكن التمييز بينهما، يضمن المثل عند أبي حنيفة، لأن الخلط إتلاف للوديعة من حيث المعنى. فإن كان يمكن التمييز فلا ضمان كما هو واضح بداهة.

(١) رواه السلفي في أخبار أبي العلاء المعري عن أبي هريرة، وقد أنكره النووي في شرح المهذب، فقال: ليس هذا خبراً عن النبي ﷺ، وإنما هو من كلام بعض السلف، قيل: إنه علي بن أبي طالب.

٧- مخالفة شرط المودع في حفظ الوديعة: إذا شرط المودع على الوديع حفظ الوديعة في مكان معين كدار أو بيت أو صندوق، فنقلها إلى مكان آخر من دون عذر، فإن كان هذا المكان أدنى درجة في الحفظ فسرقت الوديعة أو تلفت، ضمنها الوديع باتفاق المذاهب الأربعة. وإن كان المكانان متساويين في درجة الحفظ، أو المكان الجديد أحفظ من القديم، فلا ضمان عند الحنفية والمالكية والشافعية.

وقال الحنابلة في الأرجح عندهم. إنه يضمن سواء نقلت الوديعة إلى مكان مماثل في الحفظ أو أدنى أو أعلى، لأنه خالف صاحب الوديعة لغير فائدة ولا مصلحة.

وفي عقد الإعارة: يتغير حال العارية من الأمانة إلى الضمان بنفس الأسباب التي يتغير بها حال الوديعة، منها ما يأتي(١):

١- التضييع أو الإتلاف حقيقة بإلقاء الشيء المستعار في مضيعة، أو يدل عليها المستعير سارقاً، أو الإتلاف معنى بمنع العارية بعد طلبها أو بعد انقضاء المدة.

٢- ترك الحفظ أثناء استعمال العارية.

٣- المخالفة في كيفية الحفظ كأن يطلب المعير من المستعير ألا يغفل عن العارية، فيغفل، فيضمن.

جـ- ضمان الأمانات بالموت عن تجهيل:

من المقرر فقهاً أن الشخص إذا اقترب من الموت، عليه أن يعلم القاضي أو أميناً غيره عند عدم وجود القاضي بالأمانة التي عنده مع وصفها بما تتميز به إن كانت غائبة، أو الإشارة لعينها إن كانت موجودة، مع الأمر بردها لصاحبها بالفعل، فإذا ترك ذلك، وضاعت الأمانة، فإنه يضمنها في تركته.

وعلى هذا إذا مات الشخص الأمين تصبح جميع الأمانات مضمونة بالموت عن تجهيل (أي من دون بيان الأمانة) إلا في أربعة أحوال(٢):

---

(١) البدائع: ٢١٨/٦ وما بعدها، ٢١١ وما بعدها مجمع الضمانات: ص٥٧.

(٢) فتح القدير: ٢٧/٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٦٧/٢.

١- في الوقف: إذا مات ناظر الوقف مجهلاً غلات الوقف.

٢- في الوصاية: إذا مات القاضي مجهلاً الوديع الذي أودع عنده أموال اليتامى، أو مجهلاً لها عنده.

٣- في الجهاد: إذا مات الحاكم ولم يبين الجند الذين أودع عندهم بعض الغنائم الحربية في دار الحرب قبل قسمة الغنائم بين المقاتلين.

٤- في شركة المفاوضة[(١)]: إذا مات أحد الشريكين المتفاوضين، ولم يبين حال المال الذي كان في يده، فإنه لا يضمن لشريكه نصيبه منه.

ففي هذه الحالات لا ضمان على الأمين.

د- هل يؤثر الشرط في تغيير صفة وضع اليد؟

يرى أئمة المذاهب الأربعة أن ما لا يجب ضمانه لا يصيّره الشرطُ مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه، فلو شرط المؤجر على المستأجر مثلاً ضمان العين المؤجرة فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد. ولو شرط رب الوديعة على الوديع ضمان الوديعة، فقبل الشرط، أو قال: أنا ضامن لها، لم يضمن. وإذا اشترط المعير على المستعير ضمان العارية يكون الشرط باطلاً، لأن ذلك يغير مقتضى العقد. وهكذا الحكم في كل الأمانات كما في عقود المضاربة والشركة والوكالة والرهن ونحوها، لأن الشيء في أصله أمانة، فلا يصير مضموناً بالشرط.

وكل عقد اقتضى الضمان كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد، لا يغيره شرط نفي الضمان؛ لأن الضمان ثابت بالشرع، وكل شرط خلاف مقتضى العقد فهو باطل[(٢)].

---

(١) شركة المفاوضة انفرد الحنفية والزيدية بالقول بمشروعيتها. وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر على الاشتراك فيما يملكه كل شريك من مال مع تساوي جميع الشركاء في الربح وفي رأس المال وفي العمل وفي الديانة، وفي تضامنهم في المسؤولية عن الحقوق والواجبات المتعلقة بما يُتاجر فيه.

(٢) راجع رد المحتار على الدر المختار: ٤/٥١٦، ٥٢٥، ٥/٤٥، مجمع الضمانات: ص٥٥، بداية المجتهد: ٢/٣٠٩، الشرح الكبير للدردير: ٣/٤٢٣، ٤٣٦، المهذب: ١/٣٥٩، المغني: ٥/٢٠٤ وما بعدها، ٦/٣٨٣، الإفصاح: ص٢١٧، ٢٠٦.

هـ- متى يبرأ الشخص الأمين من الضمان؟

يجب على الأمين أن يحفظ الأمانة كما يحفظ ماله على النحو الذي جرت به عادة الناس في كيفية حفظ أموالهم[١]، وعلى هذا فلا يبرأ الأمين من الضمان إلا إذا ردها إلى مالكها.

ففي الوديعة: قال الحنفية: يجب ردها إلى صاحبها، لأن الله تعالى أمر بأداء الأمانات إلى أهلها، وأهلها مالكها، فلو ردها إلى بيت المالك، فجعلها فيه من غير حضرة المالك، أو سلمها إلى من هو في عيال المالك كزوجته أو ابنه أو خادمه الخاص، فإنه يكون ضامناً لها لو ضاعت، لأن المالك المودع لم يرض بيد أحد من هؤلاء في حفظ الوديعة.

هذا بخلاف **الإجارة والإعارة**: فإن المستأجر أو المستعير إذا رد العين المؤجرة، أو الشيء المستعار إلى منزل المالك أو إلى من في بيته، فإنه يبرأ من الضمان.

والفرق بين الوديعة وغيرها عند الحنفية: هو النظر إلى عرف الناس وعاداتهم، فإن العادة الجارية بين الناس في رد المأجور والمستعار هو الاكتفاء بردهما إلى بيت المالك فيكون مأذوناً فيه عادة؛ لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد كرد أواني البيت، بدليل أن العارية إذا كانت شيئاً نفيساً كعقد جوهر ونحوه أو ثياباً، لا يصح ردها لغير المالك نفسه، لعدم وجود عادة جارية بغير ذلك.

وأما الوديعة فلم توجد عادة بردها إلى غير المالك، فلم يصح إلقاؤها في دار المودع أو إدخالها في الإصطبل إذا كانت دابة. ثم إن الإيداع مبني على الستر والسر والإخفاء عادة، لما في ذلك من المصلحة، فلو ردت الوديعة إلى غير المالك لانكشف السر. أما العارية أو الشيء المأجور فهو قائم على أساس الإعلان والإظهار تأميناً لحاجات الناس في استعمالاتهم المألوفة.

والخلاصة أن رد الوديعة إلى نفس المالك موافق للأمر القرآني برد الأمانات إلى أهلها، وأما العارية فإن عرف الناس خصص هذا الأمر استحساناً في الأحوال التي لم تنشأ فيها عادة معينة[٢].

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٣٠٧.

(٢) البدائع: ٦/ ٢١١، تحفة الفقهاء: ٣/ ٢٧٨ ط الأولى، مجمع الضمانات: ص٥٧ .

وقال الشافعية والحنابلة: يجب رد العين سواء أكانت وديعة أم عارية إلى المالك أو وكيله في القبض، وعندئذ يبرأ من الضمان، فإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه، أو إلى ملك صاحبها، لم يبرأ من ضمانها، التزاماً للنص القرآني الآمر برد الأمانات إلى أهلها، ولأن رده على هذا النحو هو إلى غير المالك أو نائبه، فصار كما لو سلم الأمانة إلى أجنبي. وأضاف الشافعية أن المستعير إذا رد المستعار إلى المكان الذي أخذه منه، وعلم المالك بذلك ولو بخبر ثقة، يبرأ من الضمان.

وأردف الحنابلة أن المستعير إذا رد العارية إلى من جرت عادته باستلام ذلك كزوجة المعير المتصرفة في ماله، وسائس الدابة، يبرأ من الضمان في قياس المذهب[١].

و- هل يد الملتقط يد أمانة أم يد ضمان؟

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن اللقطة أمانة أو وديعة في يد الملتقط، إلا أنهم اختلفوا في بعض الشروط على رأيين:

١- **مذهب الحنفية**: يرى الحنفية أن اللقطة أمانة في يد الملتقط بشرط أن يشهد أنه أخذها ليحفظها ويردها على صاحبها، وعندئذ فلا يضمنها إن تلفت إلا بالتعدي عليها أو بمنع تسليمها لصاحبها عند الطلب.

والدليل على كونها أمانة أن أخذها بقصد حفظها لمالكها مأذون فيه شرعاً، قال النبي ﷺ: «من وجد لقطة، فليشهد ذوي عدل»[٢] وهذا أمر يقتضي الوجوب كما هو المقرر في الأوامر كأصل عام، ولأن الملتقط إذا لم يشهد، كان الظاهر أنه أخذ اللقطة لنفسه. ويكفيه للإشهاد أن يقول: «من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي». وكذلك تكون اللقطة أمانة إذا تصادق صاحب اللقطة والملتقط أنه التقطها ليحفظها للمالك.

---

(١) المغني: ٢٠٦/٥ وما بعدها، حاشية قليوبي وعميرة على المحلي شرح المنهاج: ٣/ ٢٠ ط صبيح.

(٢) رواه أحمد وابن ماجه وأبو داوود والنسائي والبيهقي والطبراني، وصححه ابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان من حديث عياض بن حمار.

فإن لم يشهد الملتقط، ولم يتصادق هو وصاحبها، وإنما قال الآخذ: أخذتها للمالك، وكذبه المالك، **يضمن اللقطة** عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الظاهر أنه أخذ اللقطة لنفسه، لا للمالك[(١)].

٢- **مذهب جمهور الفقهاء**: قال المالكية والشافعية والحنابلة: اللقطة أمانة، ولا يشترط الإشهاد على الالتقاط، وإنما هو أمر مستحب فقط. وإذا لم يشهد الآخذ فلا ضمان عندهم وعند أبي يوسف من الحنفية؛ لأن اللقطة وديعة، فلا ينقلها ترك الإشهاد من الأمانة إلى الضمان، بدليل ما ثبت في حديث سليمان بن بلال وغيره أن النبي ﷺ قال: «إن جاء صاحبها، وإلا فلتكن وديعة عندك»[(٢)] ولم يأمر النبي عليه السلام بعض الصحابة وهما زيد بن خالد وأُبي بن كعب إلا بتعريف اللقطة دون الإشهاد[(٣)]، ومن المعلوم أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.

وحينئذ يحمل الأمر بالإشهاد في الحديث الذي استدل به الحنفية على الندب والاستحباب فقط[(٤)].

وبناء على رأي أبي حنيفة ومحمد: لو أخذ الشخص اللقطة، ثم ردها إلى مكانها الذي أخذها منه، لا ضمان عليه في ظاهر الرواية؛ لأنه أخذها محتسباً متبرعاً ليحفظها على صاحبها، فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع، وصار كأنه لم يأخذها أصلاً.

وإذا أخذها وهو لا يريد ردها، ثم بدا له اعتبار آخر فردها إلى موضعها ثم سرقت ضمنها.

ولو أقر الملتقط أنه أخذ اللقطة ليتملكها لنفسه، لا يبرأ من الضمان، إلا بالرد

---

(١) المبسوط: ١١/ ١٢، فتح القدير: ٤/ ٤٢٣، البدائع: ٦/ ٢٠١، تبيين الحقائق: ٣/ ٣٠١، مجمع الضمانات: ص٢٠٩ وما بعدها.

(٢) رواه مسلم في صحيحه.

(٣) حديث زيد رواه البخاري ومسلم وأحمد. وحديث أُبي رواه مسلم وأحمد والترمذي.

(٤) بداية المجتهد: ٢/ ٣٠٣ وما بعدها، الشرح الكبير: ٤/ ١٢١، القوانين الفقهية: ص٣٤٢، ٢/ ٤٠٧، المغني: ٥/ ٦٤٤، ٦٤٧، القواعد لابن رجب: ص٥٣، الإفصاح: ص٢٤٠.

على المالك، لأنه ظهر أنه أخذها غصباً، فكان الواجب ردها إلى المالك، كقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

ولو سلم الملتقط اللقطة إلى غيره من دون إذن القاضي، ضمنها، لأنه يجب عليه حفظها بنفسه بالتزامه الحفظ بالالتقاط.

وإذا لم يتمكن الملتقط من الإشهاد بأن لم يجد أحداً يشهده أو خاف على اللقطة من الظلمة فلا يضمن باتفاق الحنفية.

وقال **مالك**: لا ضمان على من رد اللقطة إلى موضعها، لما روي عن عمر أنه قال لرجل وجد بعيراً: «أرسله حيث وجدته». وهذه هو رأي تلميذه أشهب. وقال تلميذه الآخر ابن القاسم ورأيه هو المشهور عند المالكية: يضمن الملتقط اللقطة إذا ردها لموضعها أو لمكان آخر بعد أخذها للحفظ.

وقال **الشافعية والحنابلة**: إذا أخذ اللقطة إنسان، ثم ردها إلى موضعها، ضمنها؛ لأنها أمانة صارت في يده، فلزمه حفظها، فإذا ضيعها لزمه ضمانها، كما لو ضيع الأمانة.

الفصل الثالث

قواعد الضمان الفقهية

الكلام على قواعد الضمان حسبما صاغها الفقهاء له أهمية كبرى، إذ إن هذه القواعد في موضوعها كثيرة العدد بالنسبة إلى مجموع القواعد الفقهية، ومن جهة أخرى يحتاج المرء إلى الاعتماد عليها بكثرة في ضبط الأحكام المختلفة لمسائل الضمان ووقائع التعديات والأخطاء المتكررة يومياً في بحر الحياة التي تثير أعقد المشكلات المالية للتعويض عن الأضرار، وأدق المنازعات والخصومات الحادة بسبب المحاولات المتنوعة للتخلص من الالتزامات والمسؤوليات إزاء حقوق الآخرين، بالإضافة إلى أن هذه القضايا تشغل جانباً كبيراً من الدعاوى التي ترفع إلى القضاة والمحاكم في كل بلد.

وسنقصر كلامنا على شرح القاعدة وتوضيح معناها وإيراد الأمثلة عليها مما ينير الطريق أمام الباحث للإحاطة بمعالم نظرية الضمان أو التضمين المتداخلة في شتى الفروع الفقهية والموزعة هنا وهناك في كتب الفقهاء القدامى.

وسنبدأ بأهم قاعدة في موضوعنا وهي:

١- **«إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر»** (م ٩٠ مجلة).

المباشر: هو الذي حصل الضرر بفعله بلا واسطة، أي دون تدخل فعل شخص آخر مختار. وعرفه الحموي شارح الأشباه بقوله: «هو أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار».

والمتسبب: هو الذي يحدث أمراً يؤدي إلى تلف شيء آخر حسب العادة إلا أن

التلف لا يقع فعلاً منه، وإنما بواسطة أخرى هي فعل فاعل مختار. وعرفه الحموي بقوله: «هو الذي حصل التلف بفعله، وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار».

ومعنى القاعدة أنه إذا ترتب على فعل مؤذ ضرر بآخر، وكان قد اشترك في إحداث الضرر سبب بعيد ومباشر مؤثر في إيجاد الضرر، فإن المباشر هو المسؤول عن الضمان، حتى ولو كان السبب البعيد متصفاً بصفة التعدي، لأن المباشر هو علة الضرر في الواقع، أو هو المؤثر الأقوى في إحداث العدوان.

وأمّا دور السبب فهو ضعيف، ولم يستقل وحده بالخطأ إذا قيس بالفعل المباشر.

وعلى هذا فإن الضمان على المباشر إذا كان السبب لا ينفرد بالإتلاف إذا ترك وحده من دون مباشرة، وبعبارة أخرى إذا كان السبب لا يعمل بانفراده إتلافاً، أما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان.

ويتضح ذلك بالأمثلة الآتية مع ملاحظة الاستثناءات التي سنذكرها[1]:

١- إذا حفر رجل بئراً تعدياً بأن كان الحفر في طريق عام من دون ترخيص إداري من السلطة الحاكمة، ثم جاء رجل آخر فدفع غيره في البئر، أو ألقى حيواناً فيه، ضمن الدافع أو الملقي، لأنه مباشر للتلف بالذات، وأما حافر البئر فهو متسبب فقط، لأن حفره وإن أفضى إلى التلف لكنه لا ينفرد بالإتلاف ما لم يوجد الدفع الذي هو المباشرة، وإذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الإتلاف فلا يضمن المتسبب مع المباشر؛ لأن الحفر لا يعمل بانفراده شيئاً من دون الإلقاء. فإذا سقط إنسان أو حيوان في البئر بنفسه ضمن الحافر لانفراد السبب بالإتلاف.

٢- إذا دل شخص سارقاً على مال إنسان، فسرقه، فالعقوبة والضمان على السارق، لأنه مباشر، ولا شيء على الدال، لأنه متسبب.

---

(١) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/١٩٦ وما بعدها، ٢/٩٩، للسيوطي: ص١٤٥، البدائع: ٧/ ٢٧٥، المبسوط: ٢٦/ ١٨٥، الفروق: ٤/ ٢٧، القواعد لابن رجب: ص٢٨٥، مجمع الضمانات: ص١٤٨، ١٧٢، ١٧٨، ٣٥٩، جامع الفصولين: ٢/ ١١٠، ١١٢، ١١٥ وما بعدها، قواعد الأحكام: ٢/ ١٣٣، الفرائد البهية في القواعد الفقهية: ص١٨٤، ١٩٣، ٣١٣ وما بعدها.

ويلاحظ أن السرقة وإلقاء الحيوان هو فعل فاعل مختار، فيتعلق الحكم (وهو التضمين) بهما، فليست الدلالة أو الحفر علة للتلف، وإنما علته سوء اختيار الفاعل.

أما لو دل الوديع لصاً على الوديعة، ومكانها، فسرقها، فالضمان على الوديع، لأن الدلالة في هذه الحالة إخلال بواجب التزمه في عقد الإيداع وهو المحافظة على الوديعة، فكانت دلالته خيانة أو تقصيراً بواجبه في الحفظ، أو تركاً للحفظ.

٣- من دفع إلى صبي سكيناً أو سلاحاً ليمسكه، فقتل به نفسه، فلا ضمان على الدافع، لأنه متسبب، وإنما الضمان على نفس الصبي لأنه مباشر، إلا أن متأخري الحنفية قالوا: المختار أنه يضمن.

٤- إذا حل شخص رباط دابة في بيت مغلق، وفتح آخر غيره الباب، فخرجت، فالضمان على الفاتح وحده لأنه المباشر.

ما يستثنى من هذه القاعدة:

قد يضمن المتسبب وحده دون المباشر، وقد يضمنان معاً.

أولاً- تضمين المتسبب وحده:

يضمن المتسبب وحده إذا كان متعدياً، وتعذر تضمين المباشر لكونه غير مسؤول، أو غير موجود أو غير معروف، كما في الأمثلة الآتية[1]:

١- لو دفع شخص إلى صبي سكيناً ليمسكه له، **فوقع عليه** فجرحته، كان الضمان على الدافع، لأن السبب هنا يشتمل على معنى التعدي لكون الصبي لم يباشر فعلاً معيناً فهو غير مسؤول، والسكين بطبيعتها آلة جارحة.

---

(١) المبسوط: ١٦/ ١٤ وما بعدها، ٢٦/ ١٨٥، والبدائع: ٧/ ٢٧٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٩٧، مجمع الضمانات: ص١٦٩، ٤٥٨، المهذب: ٢/ ١٩٣، الفرائد البهية في القواعد للشيخ الحمزاوي: ص١٩٤، ٣١٤، النظرية العامة للموجبات للدكتور المحمصاني: ١/ ١٩٢.

ومثله: صبي ابن ثلاث سنين، وحق الحضانة للأم، فخرجت وتركت الصبي، فوقع في النار، تضمن الأم.

٢- لو ساق إنسان دابة، فوطئت إنساناً أو مالاً بقوائمها وثقلها ضمن السائق ما أتلفته الدابة، لأن السبب انفرد بالتأثير، ولم يتوسط بينه وبين التلف فعل فاعل مختار.

قال السرخسي: وإذا ساق الراعي الغنم أو البقر، فتناطحت، فقتل بعضها بعضاً، أو وطئ بعضها بعضاً من سوقه:

فإن كان الراعي خاصاً والغنم لإنسان واحد، فلا ضمان عليه، لأنه مأذون بالسوق، ومن المعروف أن الأجير الخاص لا يكون ضامناً ما يتلف بعمل مأذون فيه.

وإن كانت الغنم لأكثر من شخص، أو كان الراعي مشتركاً، فهو ضامن ما يتلف، لأن الأجير غير المشترك متسبب بالإتلاف؛ لأنه سائق الدابة التي وطئت، وأما الأجير المشترك فلأن هذا من جناية يده.

وإذا ساق الراعي الماشية، فعطبت واحدة، أو وقعت في نهر فعطبت، فهو ضامن، لأنه أجير مشترك.

والقاعدة في تضمين المتسبب هي: «**يضاف الفعل إلى المتسبب إن لم يتخلل واسطة**» ومن أمثلتها المشابهة لمثال السائق ما يأتي:

- رجل حمل ناراً، فوقع منها شيء على ثوب إنسان، كان ضامناً.

- لو ربط شخص دابة فجالت وأتلفت شيئاً، كان ضامناً.

- إذا كان الحداد يطرق حديداً، فخرجت نار، فوقع منها شيء على ثوب إنسان، كان ضامناً.

- لو طرح رجل على قارعة الطريق حية، فلدغت إنساناً بمجرد إلقائها فعطب، فهو ضامن، لأنه متعدٍ في هذا السبب. فإذا مشت الحية، ثم لدغت أحداً، لم يضمن المتسبب، لأنه قد تخللت واسطة في ذلك.

ومثل ذلك لو ألقى رجل عقرباً أو زنبوراً ونحوهما على حيوان أو إنسان فأتلفه يكون الذي ألقى ضامناً، وهكذا فإنّ **إلقاء الهوام يوجب الضمان**.

٣- يضمن الشهود الزور ما تسببوا به من ضياع المال على المشهود عليه، ولا يسأل الحاكم مع أنه المباشر وهم المتسببون، لأنه معذور في حكمه.

٤- رجل أحدث شيئاً في الطريق من دون حق، فعثر به إنسان فوقع على إنسان آخر، فعطب الثاني، أو الاثنان معاً، كان الضمان على المحدث ذلك.

وكذلك لو دفع إنسان رجلاً على آخر فعطب الآخر، كان الضمان على الدافع، لأن المدفوع كالآلة، والقاعدة في هذين المثالين هي «**المدفوع كالآلة في الضمان**».

٥- إذا زلق شخص بماء المطر، فوقع في بئر حفره إنسان من دون حق، فعطب، كان صاحب البئر ضامناً، لأنه متسبب، ولم يوجد مباشر مسؤول عن وضع الماء.

٦- لو عثر شخص بحجر لم يعرف واضعه فوقع في بئر، يكون حافر البئر ضامناً، لتعذر معرفة المباشر، وصاحب البئر متسبب.

ثانياً- تضمين المتسبب والمباشر معاً:

يضمن المتسبب مع المباشر إذا كان للسبب تأثير يعمل بانفراده في الإتلاف متى انفرد عن المباشرة. وذلك كما لو اجتمع على قيادة الدابة سائق وراكب عليها، فالضمان عليهما، لأن سوق الدابة وحده يؤدي إلى التلف، وإن لم يكن هناك شخص راكب عليها.

وكذلك إذا نخس شخص الدابة بأمر راكبها، فوطئت إنساناً، فمات، يكون الضمان على الاثنين؛ لأن الناخس بمنزلة السائق. فإن فعل ذلك في مكان مأذون فيه كالطريق العام أو في موضع أذن فيه بالوقوف، فنفحت برجلها إنساناً، فقتلته، فلا ضمان على أحد، لأنه فعل فعلاً يملكه الراكب، ولو فعل الراكب لا يضمن ما أصابت الدابة بالرجل[1].

(١) تحفة الفقهاء: ٣/ ١٩٣.

أما إذا نخسها من دون أمر الراكب، فضربت بيدها أو برجلها أحداً فمات، أو كدمت أو صدمت إنساناً على الفور، أو وثبت وألقت الرجل، كان الضمان على الناخس دون الراكب[١].

وقد ذكرنا سابقاً أمثلة أخرى، والخلاصة أن المتسبب والمباشر يشتركان في الضمان إذا تعادلت قوة التسبب والمباشرة: بأن كان السبب مما يعمل بانفراده، ويختص المتسبب بالضمان إذا كان فعله أقوى من المباشرة، وفيما عدا ذلك يكون الأصل العام هو تقديم المباشر على المتسبب.

قاعدة المتسبب والمباشر عند الحنابلة: اتفق الفقهاء من حيث المبدأ على قاعدة تقديم المباشر على المتسبب، واختلفوا أحياناً في تقدير التسبب والمباشرة[٢]، وقد صاغ ابن رجب الحنبلي هذه القاعدة مع استثناءاتها فقال[٣]:

«إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء أكانت ملجئة إليه أم غير ملجئة، ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان، فالأقسام ثلاثة».

وهذه الأقسام كما يفهم من كلام ابن رجب هي:

١- **تضمين المباشر وحده**: كأن يحفر رجل بئراً عدواناً، ثم يدفع غيره فيها إنساناً، أو يلقي فيها مالاً، فيتلف، فالضمان على الدافع وحده. ولو فتح شخص قفصاً، فاستقر الطائر فيه بعد فتحه، فجاء آخر، فنفره، فالضمان على المنفر وحده. ولو رمى شخص غيره من مكان شاهق، فتلقاه آخر بسيف فقدّه به، فالقاتل هو المتلقي دون الرامي. وهذا هو مقتضى القاعدة والأصل العام فيها.

---

(١) الدر المختار: ٥/٤٢٨.

(٢) تبيين الحقائق: ٦/ ١٥٠، الدر المختار: ٥/٤٢٩، مختصر خليل والشرح الكبير: ٤/٢٤٣، ٢٤٦، الوجيز وتهذيبه: ٢/٢٠٦، ٢٠٨، بداية المجتهد: ٢/ ٣١١، ٣٨٨، ٤٠٩، فتح العزيز شرح الوجيز: ١١/ ٢٣٩، الميزان: ٢/ ١٤٢، المغني: ٧/ ٦٤٥، ٧٥٥، ٨٢٢، كشاف القناع: ٤/ ٩٨، المحلى: ١/ ٦٣٦.

(٣) القواعد: ص٢٨٥، القاعدة ١٢٧، المغني: ٧/ ٨٢٢ وما بعدها، ٨/ ٣٣٨ وما بعدها.

٢- **تضمين المتسبب وحده**: وذلك إذا كانت المباشرة لا عدوان فيها، مثل أن يقدم شخص لآخر طعاماً مسموماً عالماً بالسم، فأكله جاهلاً بوجود السم فيه، فالقاتل هو المقدم، وعليه القصاص، أو الدية عند العفو. ولو حكم الحاكم بقتل إنسان بشهادة زور، ثم أقر الشهود أنهم تعمدوا الكذب، فالضمان والقصاص عليهم دون الحاكم.

ولو أكره شخص غيره على إتلاف مال الغير، فالضمان على المكره في أحد الوجهين عند الحنابلة. وفي الوجه الثاني: الضمان على المكره والمستكره.

٣- **تضمين المتسبب مع المباشر**: وذلك إذا كان في المباشر عدوان، كما في الإكراه على القتل، فالمذهب عند الحنابلة اشتراك المكره والمستكره في القصاص والضمان، لأن الإكراه ليس بعذر في القتل. وكما في إمساك المقتول، فإن الممسك مع القاتل يشتركان في الضمان والقصاص في إحدى الروايتين عند الحنابلة. وفي الرواية الأخرى: يختص المباشر بالعقوبة ويحبس الماسك حتى يموت.

ولو حفر رجل بئراً عدواناً في الطريق، فوضع آخر إلى جانبها حجراً، ففي رواية عند الحنابلة: يختص الواضع بالضمان كالدافع غيره في البئر، وفي رواية أخرى: يشترك الاثنان في الضمان كما في حالة الممسك مع القاتل. أما لو كان الحافر غير متعدٍّ في الحفر، فالضمان على الواضع وحده.

ولو دل الوديع لصاً على الوديعة، فسرقها، فالضمان عليهما عند الحنابلة.

والخلاصة: أن اشتراك المتسبب مع المباشر في الضمان مشروط عند الحنفية والشافعية بأن يكون السبب مما يعمل بانفراده. وعند المالكية والحنابلة مشروط بأن تكون المباشرة مبينة على السبب وناشئة عنه، كما قال ابن رجب بحيث لو تخلفت السببية لزالت علة الإتلاف، كما هو الحال في جريمة الاشتراك بالقتل أو السرقة ونحوهما من الجرائم[١].

---

(١) انظر المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للدكتور فيض الله: ص٣٣٧.

٢- «المباشر ضامن وإن لم يتعمد» (م ٩٢ مجلة).

المباشر كما ذكرنا: هو الذي يحصل الضرر بفعله بلا واسطة.

والأصح أن يقال في هذه القاعدة: «وإن لم يتعد» إذ لا عبرة للقصد الجنائي في ضمان الأموال، وإن الخطأ والعمد فيها سواء، ولذا فيلزم بالتضمين من لا قصد له كالصبي والمجنون، إذ لا يتصور منهما قصد ولا عمد. وهذا ما يميز المباشر عن المتسبب، ففي التسبب يشترط للتضمين وجود التعدي، وفي المباشرة لا يشترط التعدي[١]، فالمباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً[٢]، كما سنذكر في القاعدة التالية.

وعلى هذا فمن أتلف مالاً أو نفساً أو عضواً، سواء أكان متعمداً أم مخطئاً، رجلاً أم صبياً، في ملكه أم في غير ملكه فهو ضامن (م٩١٢، ٩١٦ مجلة) ولا فرق في الخطأ بين أن يكون في نفس الفعل كأن يقصد الرامي إصابة طائر فيصيب بهيمة، أو في ظن الفاعل كأن يتصور الرامي أن الهدف جماد، فإذا هو إنسان أو حيوان، أو في حالة النوم كأن ينقلب نائم على مال فيتلفه. وهكذا تجب الدية في جميع صور القتل الخطأ، كما يجب ضمان المتلفات على زعم أن الشيء مال للمتلف (م٩١٤ مجلة).

الأمثلة[٣]:

١- لو وضع شخص شيئاً على طريق الناس لعذر، فعثر به إنسان فسقط، وهلك ذلك الشيء من غير قصد منه، يضمن العاثر. ولو ألقى شخص قشراً في الطريق، فزلقت به دابة، ضمن، إذ لم يؤذن في ذلك شرعاً، فيضمن ما تولد عنه. وإذا زلق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه ضمن (م٩١٣ مجلة).

---

(١) تبيين الحقائق: ٦/ ١٥٠، الأشباه لابن نجيم: ٢/ ٧٨، مجمع الضمانات: ص٤٢٣، درر الحكام: ٢/ ٢٧٣، الفروق: ٤/ ٣١.

(٢) مجمع الضمانات: ص١٤٦.

(٣) مجمع الضمانات: ص١٤٦-١٥٤، ١٦١، ١٦٥، جامع الفصولين: ٢/ ١١٣، ١٢٤وما بعدها، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٩٩.

٢- رمى شخص سهماً إلى هدف في ملكه، فتجاوزه وأتلف شيئاً لغيره، ضمن.

٣- طارت شرارة من دكان حداد، فأحرقت ثوب رجل يمر في الطريق، ضمن الحداد.

٤- إذا انقلب النائم على متاع، فكسره، يجب الضمان، ولو سقط إنسان من حائط على إنسان في الطريق، فقتله، كان ضامناً دية المقتول كما لو انقلب نائم على إنسان فقتله، فإنه يكون ضامناً.

وهكذا «على الأعلى ضمان الأسفل إن مات الأسفل به في الأحوال كلها» لأن الأعلى مباشر قتل الأسفل.

٥- صبي بال على سطح، فنزل من الميزاب، وأصاب ثوباً فأفسده، غرم الصبي.

٦- رجل أحرق صك رجل، أو دفتر حسابه، يضمن قيمة الصك مكتوباً.

٧- جلس رجل على ثوب آخر بغير إذنه، فقام صاحب الثوب وتخرق، يضمن الجالس. ولو كان القصار يدق شيئاً في دكانه، فانهدم حائط الجار، يضمن، لأنه مباشر.

٨- أشرفت سفينة على الغرق، فألقى بعضهم متاع غيره في الماء حتى خفت، ضمن قيمته في تلك الحال.

٩- حفر رجل نهراً في غير ملكه، فانبثق الماء من ذلك النهر وغرَّق أرضاً أو قرية، كان ضامناً، لأنه أسال الماء في غير ملكه، فيضمن. ولو تعدى أحد برش الطريق ضمن، وإلا فلا يضمن بأن رش كالمعتاد لدفع الغبار.

٣- «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد» (م٩٣ مجلة):

المتسبب كما أسلفنا: هو من يفعل فعلاً يؤدي إلى ضرر ما، ولكن بواسطة أخرى. والتعمد: هو فعل الشيء بقصد الضرر. وأما التعدي فهو فعل السبب بغير حق، فهو أعم من التعدي، ويكون سبباً للضمان سواء تعمد أم لا.

والأصح أن يقال في هذه القاعدة كما ذكرنا فيما قبلها: «**إلا بالتعدي**» وذلك لأن شرط تضمين المتسبب هو وجود التعدي(١) سواء أكان بقصد أم لا.

والتعدي يكون بتجاوز حدود الحق المسموح به شرعاً أو عادة، فكل فعل أدّى لإلحاق ضرر بالغير بغير حق، كان سبباً موجباً للضمان، فإن لم يكن هناك تعدٍّ فلا ضمان على المتسبب، ويتضح ذلك بالأمثلة الآتية(٢):

١- من حفر حفرة في ملكه، فوقع فيها إنسان، لم يضمنه، أما لو كان الحفر في غير ملكه، بأن كان في الطريق العام من دون ترخيص الحاكم، أو في ملك الغير، أو في ملك نفسه مع إهمال بعض الشروط الواردة في الترخيص الرسمي، ضمن ما يقع في الحفرة من نفس أو مال (انظر المادة ٩٢٤ مجلة).

٢- في حقوق الجوار: هدم شخص جداره، فسقط على جدار جاره فانهدم، لا يضمن. ولو هدم بيت نفسه، فانهدم به بيت جاره، وطلب منه جاره قيمة البناء، لا يضمن.

ولو اتخذ رجل بئراً في ملكه أو بالوعة، فوهن منها حائط جاره، وطلب منه جاره تحويله، لم يجب عليه، فإن سقط الحائط من ذلك لا يضمن، لأن المتسبب في هذه الحالات غير متعد.

ولو نقب رجل حائط إنسان بغير إذن مالكه، فسرق منه شيء، لم يضمن الناقب، لأنه متسبب، والسارق مباشر، ويقدم المباشر على المتسبب كما عرفنا.

٣- من قطع حبل قنديل فسقط، أو فتح باب القفص، فطار الطير منه، أو حل رباط دابة أو فتح باب إصطبلها، فخرجت الدابة، أو شق زق سمن ولو كان جامداً حينئذ، فسال الدهن، ضمن على الرأي الراجح عند الحنفية، لوجود التعدي. ولو

---

(١) نصت المادة ٩٢٤ من المجلة على ذلك: «يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان: يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر بغير حق...».

(٢) المبسوط: ٢٦/١٨٦، ٢٧/ ٢٢، مجمع الضمانات، المكان السابق، ١٥٧، تبيين الحقائق: ٦/ ٤٣، ١٤٩، جامع الفصولين: ٢/ ١١٥ وما بعدها، ١٢٤ وما بعدها، الدر المختار: ٥/ ٣١٧، البدائع: ٧/ ٢٧٤، مغني المحتاج: ٤/ ٨٠.

سد أحد ماء أرض لآخر، فيبس الزرع أو الشجر، أو أفاض الماء على أرض الغير فتلفت المزروعات، يكون ضامناً (م ٩٢٢ مجلة).

٤- إذا نفرت دابة بسبب إطلاق رصاص على طائر، فتلفت أو انكسرت إحدى قوائمها أثناء فرارها، لا يضمن الصياد لعدم تعديه. فإن أطلق الرصاص بقصد تخويف الحيوان وإجفاله، فهرب وتلف، ضمن (م٩٢٣ مجلة).

٥- لو أوقد شخص ناراً في يوم الريح، وهو يعلم أن الريح تهب بها إلى مال غيره، فتتلفه، ضمن لتعمده إضرار الآخرين.

ولو أسال الماء إلى أرض نفسه، وهو يعلم أن أرضه تحمل مقدار الماء، لم يضمن إذا سقاها سقياً معتاداً، لأنه متسبب غير متعد، وإلا فيضمن.

ولو أحرق رجل في أرضه شوكاً أو تبناً، فذهبت الريح إلى أرض جاره، وأحرقت زرعه: فإن كانت النار بعيدة من أرض الجار على نحو لا يصل إليه شرر النار عادة، فلا ضمان عليه، لأن التلف حصل بفعل النار وهو جبار أي هدر. أما لو كانت النار قريبة من أرض الجار على نحو يصل إليه شرار النار غالباً، فإنه يضمن، لأن له الإيقاد في ملك نفسه، لكن بشرط السلامة للآخرين.

٦- من سقى أرضه، فتعدى الماء إلى أرض جاره: فلو أجرى الماء في أرضه إجراء لا يستقر في أرضه، وإنما يستقر في أرض جاره، ضمن، لأن هذا دليل على وجود التعمد والتعدي. أما إذا كان الماء يستقر في أرضه، ثم يتعدى إلى أرض جاره، فإن طلب منه جاره منع الماء بواسطة ممكنة، ولم يفعل، ضمن، وإن لم يطلب منه ذلك لم يضمن.

وكذلك يضمن إذا كانت أرض جاره أخفض من أرضه، وكان يعلم أنه لو سقى أرضه، نفذ الماء إلى أرض جاره، ضمن.

٧- رجل رأى صبياً على حائط، أو شجرة، فصاح به الرجل، وقال له: «قع» فوقع الصبي ومات، ضمن القائل ديته. ولو قال: «لا تقع» فوقع، ومات، لا يضمن.

ولو صاح مجنون بدابة شخص، فجفلت ووقع الراكب أو الحمل فتلف، كان ضامناً المال، وإن لم يكن عنده قصد الإضرار، إلا أنه متعدٍّ، لكن لا يعاقب عقوبة بدنية.

والخلاصة: أن المقصود **بالتعمد** في هذه القاعدة والتي سبقتها هو **التعدي** وليس «**القصد**».

٤- «يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مُجبِراً» (م٨٩ مجلة).

إن الذي يقضي به المنطق ويقره التشريع السماوي والوضعي أن المسؤول عن أفعال التعدي هو الذي صدر منه الفعل وباشره في الواقع لقوله تعالى: ﴿فَبِمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ﴾ [الشورى: ٤٢/ ٣٠] ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ [المدثر: ٧٤/ ٣٨] لكن الضرورة تقضي أيضاً[(١)] بأن التعدي إذا وقع بناء عن إكراه، فيسأل المكره عنه، لأن المستكره يكون حينئذ كالآلة المطواعة بيد المكره الآمر.

فالمراد بالفعل هنا هو التعدي على الأموال أو الأنفس، والفاعل هو المباشر لفعل التعدي، والمجبر: هو الآمر المكره على ارتكاب فعل بغير حق ولا رضا، ويتوضح ذلك بالأمثلة الآتية[(٢)]:

١- لو أمر شخص غيره بإتلاف مال إنسان، أو بقتله، فنفَّذ الأمر الصادر إليه، كان المأمور هو المسؤول عن الجريمة الحادثة؛ لأن الأمر بالتصرف في مال الغير باطل، ولأن الإباحة لا تجري في النفوس، ويسقط القصاص للشبهة، إلا أن يكون المأمور مكرهاً على ارتكاب الفعل بالإكراه الملجئ، فيسأل المكره حينئذ (م١٠٠٧ مجلة) وأمر السلطان في حكم الإكراه، إذ المأمور يعلم عادة أنه يعاقب إن لم يمتثل أمره، فيضمن السلطان لا مأموره.

قال في الدر المختار[(٣)]: الآمر لا ضمان عليه إلا في ستة: إذا كان الآمر سلطاناً أو سيداً أو أباً أو المأمور صبياً، أو عبداً أمره بإتلاف مال غير سيده، وإذا أمره بحفر باب في حائط الغير غرم الحافر، ورجع على الآمر.

---

(١) انظر نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص٨٢.

(٢) جامع الفصولين: ٢/ ١٠٧-١١٠، مجمع الضمانات: ص١٥٤-١٦٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٩٥، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ١٥٠، ٤١٨.

(٣) جامع الفصولين: ٥/ ١٥٠ نقلاً عن الأشباه والنظائر لابن نجيم.

٢- ومن أمر غيره بإجراء عقد، كان المأمور هو المسؤول عن تنفيذ مقتضى العقد، إلا إذا تم العقد بإكراه، فيسأل عنه المكره، ويكون الأمر باطلاً لاغياً.

٣- من أمر غيره بأخذ مال الغير، ضمن الآخذ، لا الآمر، إذ الأمر لم يصح، قال الحنفية: «وفي كل موضع لم يصح الأمر، لم يضمن الآمر» وإنما يضمن المأمور؛ إلا إذا كان مغرراً به. ولهذه القاعدة أمثلة هي:

- إذا أمر رجل صبياً بتخريق ثوب إنسان، أو بقتل، فالضمان مبدئياً في مال الصبي، ثم يرجع الصبي بقيمة الضمان على الآمر، لتغريره إياه؛ لأنه قاصر العقل، وقد غره الآمر، فكان هو في حكم الآلة.

- لو قال شخص لغيره: «احفر لي في هذا الحائط» أي البستان أو قال: «في حائطي» وكان الحائط لغيره، فحفر جاهلاً بذلك، فالضمان مبدئياً على الحافر، ويرجع بقيمته على الآمر، لتغريره إياه، وإيهامه له بأن الحائط مملوك له بدليل قوله «لي» الموهم بتملكه للحائط.

ومثل ذلك ما إذا قال الآمر: «احفر هذا الحائط» ولم يقل «لي» إلا أنه كان ساكناً في الدار، فيعد الأمر تغريراً أيضاً، لأنه من علامات الملك، وإلا فلا يرجع المأمور على الآمر بالضمان: لأن الأمر لم يصح بزعم المأمور.

- لو أمر شخص آخر بذبح شاة، فذبحها، ثم تبين للذابح أن الشاة ملك الغير، فالضمان على المأمور أولاً، ثم يرجع به على الآمر لتغريره إياه.

والخلاصة: أن المسؤول عن الضمان هو المباشر للفعل غير المشروع إلا في أحوال أربعة يضمن فيها الآمر وهي:

١- حالة تنفيذ الأمر بالإكراه الملجئ: وهو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار. والكلام على الإكراه يحتاج إلى تفصيل ليس هنا محله[1].

---

(١) راجع ما سبق: ص٧٤، والفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد: ٢/ ١٩٤، ونظرية الضرورة الشرعية ص٨٢ للمؤلف. وخلاصة ذلك أن الإكراه الملجئ على إتلاف مال الغير موجب للضمان على الآمر لا الفاعل، وفي الإكراه غير الملجئ يكون الضمان على الفاعل. وإذا كان الفعل لا يقع بغير الفاعل كالأكل، فالضمان على الفاعل لا الآمر مهما كان نوع الإكراه.

٢- تنفيذ أمر الحاكم الذي يخاف منه، لأن أمره إكراه وقانون واجب الطاعة، ويعذر به الفاعل استثناء من القاعدة الشرعية: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق».

٣- تنفيذ أمر الأب فيما يسوغ له شرعاً.

٤- تنفيذ الأمر بتغرير وخداع من الآمر.

وقد رأيت أن حصر هذه الحالات بأربع يغني عما ذكره فقهاء الحنفية من قولهم: «إن الآمر لا ضمان عليه بالأمر إلا في ستة: إذا كان الآمر سلطاناً، أو أباً، أو سيداً، أو المأمور صبياً أو عبداً لغيره أمره بإتلاف مال غير سيده، وإذا أمره بحفر باب في حائط الغير غرم الحافر ورجع على الآمر» وزاد بعضهم عليها فأوصلها إلى ثمانية[1] إلا أن حالة التغرير يدخل تحتها ما لم أذكره.

٥- «الضرر يزال» (م٢٠مجلة)

هذه القاعدة هي الأساس في وجوب ضمان المتلفات، فعلى المتلف ضمان ما أتلف وتعويض الضرر الواقع، إزالة لآثاره وترميماً لنتائجه.

وهي أيضاً أساس لكثير من أحكام الفقه، فمن ارتكب فعلاً غير مشروع، أو قام بفعل مشروع ترتب عليه ضرر بالآخرين، فيجب إزالته كرد المبيع بالعيب أو بغبن فاحش مع التغرير، أو لتفرق الصفقة، أو لعدم الرؤية، وكالحجر على المدين المفلس والمفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري[2] المفلس، وكالجبر على القسمة لدفع ضرر الشيوع، ومشروعية الشفعة لدفع ضرر القسمة عن الشريك، ودفع ضرر الجار السوء عن الجار، وتشريع عقوبات الحدود والقصاص والكفارات منعاً من أذى وإفساد المجرمين وتجويز فسخ الزواج بسبب العيوب أو للإعسار بالنفقة أو لغيبة الزوج في مذهب المالكية والشافعية، ووجوب تعيين الحكام

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/٩٨، الدر المختار، المكان السابق، مجمع الضمانات: ص١٥٨.

(٢) المكاري: هو مؤجر وسائط النقل كالسيارات والعجلات والدواب.

والقضاة لفصل الخصومات وإقامة العدل، وإباحة دفع الصائل أو الدفاع عن النفس والمال ونحوهما، والإذن بقتال الأعداء حفاظاً على كيان الأمة ومنعاً من الظلم وإقرار الحرية ومنع الفتنة في الدين، ونحو ذلك[(١)].

ومن الأمثلة على هذه القاعدة في مجال الحقوق المدنية:

١- من فتح نافذة في داره بحيث تطل على مقر نساء جاره، يحكم عليه بوجوب سدها إزالة للضرر.

٢- إذا تدلت أغصان شجرة على دار الجار، ومنعت عنه الهواء والنور، يحكم عليه بقلع الشجرة، أو تقليم أغصانها حسب الأحوال.

٣- من بنى بناء سدَّ به النور والهواء على جاره، فيؤمر برفع هذا الضرر.

٤- يجوز للقاضي بيع أموال المدين لوفاء ديونه.

٥- للشريك الذي أنفق نفقة لإعادة بناء مشترك مع آخر أن يحبس العين تحت تصرفه حتى يستوفي قيمة النفقات التي أنفقها.

ومن المعروف أن هذه القاعدة مفرعة عن قاعدة أخرى هي نص حديث نبوي ثابت وهي: «**لا ضرر ولا ضرار**»[(٢)] (م١٩ مجلة).

والمقصود **بالضرر**: هو إلحاق مفسدة بالغير، والحديث يطالب بمنع وقوع الضرر مطلقاً، فلا يجوز للإنسان إضرار غيره سواء تعمد الإضرار، أم وقع الضرر أثناء القيام بفعل مشروع، فلا يجوز للمالك التصرف في ملكه بحيث يضر غيره، ولا يجوز بيع شيء وإخفاء العيب الذي فيه.

والمقصود **بالضرار**: هو مقابلة الضرر بالضرر، فالحديث يمنع المقابلة بالضرر، فلا يباح الثأر للقتيل منعاً من انتشار القتل، ولا يجوز مقابلة الإتلاف بمثله، فمن

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/١١٨، ١٢١، للسيوطي: ص٧٦.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ مرسلاً، وأخرجه الحاكم في المستدرك وابن ماجه والبيهقي والدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري، وأخرجه ابن ماجه والبيهقي والطبراني وعبد الرزاق من حديث ابن عباس، ورواه ابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت، قال الشوكاني (نيل الأوطار ٥/ ٢٦٠): وهو حديث مشهور.

أتلف ماله لا يحل له شرعاً إتلاف مال المتعدي[١]، لأن الإتلاف لا يجبر التلف الحاصل، وإنما يوسع دائرة الضرر من دون فائدة، لذا فإنه يجب تعويض التلف بتقديم المثل أو القيمة محافظة على الأموال من الضياع[٢]، والإسلام يكره إضاعة المال، قال عليه السلام: «إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنعاً وهات، وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال»[٣].

٦- «تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره».

هذه القاعدة مستمدة من الحديث النبوي السابق ذكره: «لا ضرر ولا ضرار» وهي أساس واضح لنظرية «منع التعسف في استعمال الحق» التي أخذ بها الحنفية وغيرهم استحساناً، وهي القاعدة المنظمة لحقوق الجوار.

ومعناها أن الإنسان عليه مراعاة حقوق جاره، فلا يلحق به ضرراً. فمن كان مالكاً لشيء، له أن يتصرف فيه أي تصرف شرعي من بناء الجدران، وحفر الحفر، وإعلاء البناء ونحو ذلك، بشرط عدم إلحاق ضرر فاحش بالغير.

والضرر الفاحش: ما يترتب عليه هدم البناء أو وهنه، أو منع المنافع المقصودة منه.

وأما الضرر اليسير كرفع البناء بحيث لا يسد الضوء ولا يمنع الهواء بالكلية عن جاره، فله فعله، لأنه لا يمكنه الاحتراز منه.

وينبني على ذلك ما يأتي[٤]:

---

(١) نصت المادة (٩٢١ من المجلة) على ما يأتي: «ليس للمظلوم صلاحية أن يظلم آخر بما أنه ظلم، مثلاً: لو أتلف زيد مال عمرو مقابلة بما أنه أتلف ماله، يكونان ضامنين، وكذا لو أتلف زيد مال عمرو الذي هو من قبيلة طي بما أن بكراً الذي هو من تلك القبيلة أتلف ماله، يضمن كل منهما المال الذي أتلفه، وكذا ليس لمن أخذ دراهم زيوفاً من أحد صلاحية صرفها للآخر».

(٢) راجع أعلام الموقعين: ١/ ٣٢٧، ٢/ ١٠٤.

(٣) متفق عليه بين البخاري ومسلم من حديث المغيرة بن شعبة.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٩٠ وما بعدها، جامع الفصولين: ٢/ ١٢٥، شرح مرشد الحيران للمرحوم الأبياني والسنجلقي: ١/ ٤٥، المسؤولية المدنية والجنائية للمرحوم الشيخ محمود شلتوت: ص٢٣.

١- إذا كانت الحفريات من أجل البناء تؤدي إلى انهدام بيت الجار، فيجب اتخاذ الاحتياطات للوقاية من ذلك.

٢- إذا تسرب الماء إلى دور الجيران بسبب خلل في مجاري المياه، أو بسبب بالوعة، وجب إزالة ذلك.

٣- لو حفر إنسان بئراً في أرضه، فأدى إلى نضوب ماء بئر الجار، وجب سد ماء البئر في مذهب الحنابلة. ولا شيء عليه عند الحنفية لأن الماء الموجود تحت الأرض غير مملوك لأحد، وهذا ما أخذت به المجلة (م١٢٨٨).

٤- إذا كان دخان الأفران والمعامل أو رائحة المعاصر يضر ضرراً بالغاً بالجيران بحيث لا يحتمل عادة، وجب إزالته دفعاً للضرر الفاحش.

٥- يجب سد النوافذ المحدثة من دون إذن إذا كانت تطل على نساء الجيران، ولو كان لصاحبها مصلحة، لأن درء المفاسد في كل ما ذكر ونحوه مقدم على جلب المصالح.

٦- ترث عند الحنفية المرأة المطلقة من زوجها طلاق فرار بأن طلقها طائعاً طلاقاً بائناً في مرض موته بغير رضاها، ومات قبل انقضاء عدتها، لأن هذا الطلاق تعسفي، وقد ألحق ضرراً فاحشاً بها، فيعامل بنقيض مقصوده.

وهو مذهب الحنابلة تماماً، وكذلك مذهب المالكية ولو بعد انتهاء العدة.

٧- «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه» (م٩٦ مجلة) «لا يجوز لأحد أخذ مال أحد بلا سبب شرعي» (م٩٧ مجلة):

معنى القاعدة الأولى أنه لا يحل شرعاً لإنسان أن يتصرف في أموال الآخرين من دون إذن أصحابها، سواء أكان التصرف فعلياً أم قولياً. وكان ينبغي صياغة القاعدة على هذا النحو: «**لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن ولا ولاية ولا ضرورة**»، حتى يشمل الكلام حال التصرف بالولاية أو الوصاية أو الضرورة، ففي هذه الأحوال يجوز التصرف في مال الغير للإذن الشرعي بذلك، ومثله الإذن

العرفي، والإذن دلالة[١]. فمن كان ولياً أو وصياً على مال قاصر فله التصرف فيه، ومن اضطر إلى أخذ مال الغير ليأكله حفاظاً على نفسه من الهلاك بسبب الجوع، أو اضطر إلى هدم حائط أو منزل لجاره بإذن الحاكم تطويقاً لحريق نشب في داره ومنعاً لسرايته إلى دور الآخرين، فإنه يجوز له ذلك شرعاً.

والراعي إذا ذبح شاة لا ترجى حياتها فلا يضمنها، لتعارف الناس ذلك، بخلاف الأجنبي إذا رأى شاة إنسان قد أشرفت على الهلاك فذبحها فإنه يضمنها لأنه غير مأمور بالحفظ. والضيف له أن يستعمل إناء المضيف للشرب ونحوه للإذن بذلك دلالة.

قال الحنفية: وكذلك كل المسائل الاستحسانية، أي التي يثبت الإذن فيها دلالة استحساناً لا ضمان فيها، فللوديع أن ينفق على أبوي المودع بغير إذنه إذا كان في مكان لا يمكنه فيه استطلاع رأي القاضي، ولا ضمان عليه استحساناً. وإذا مات بعض الرفقة في السفر فباعوا أمتعته وجهزوه بثمنها، أو أغمي عليه فأنفقوا عليه من ثمن متاعه، لم يضمنوا استحساناً.

وفي غير هذه الحالات لا يجوز التصرف في مال الغير.

أ- فالتصرفات الفعلية في ملك الغير كالركوب واللبس ووضع الجذوع على الجدران ودخول الدار والمرور بالأرض والزرع والحفر والهدم والاستخدام والاستهلاك ونحو ذلك من دون حق: تعتبر تعدياً كالغصب مستوجباً لضمان الضرر الواقع، وللمالك المنع من هذه التصرفات واسترداد ملكه، كما أن له إجازة الفعل، لأن الإجازة تلحق الأفعال كالأقوال، فالتصرف الفعلي بلا إذن المالك إذا أجازه المالك انقلب مأذوناً[٢].

ب - والتصرفات القولية كالتعاقد من دون إذن على أموال الآخرين بالبيع والإجارة والرهن والإعارة والإيداع والصلح والهبة ونحو ذلك من عقود

---

(١) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٨/٢، الدر المختار ورد المحتار: ١٤٠/٥، مجمع الضمانات: ص١٤٣، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص١٩١.

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف٦٥٣، الدر المختار: ١٣٩/٥.

المعاوضات والتبرعات: تعتبر عند الحنفية والمالكية تصرفات غير نافذة، وإنما هي فضالة متوقفة على إجازة المالك، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، فإذا وجدت الإجازة نفذ التصرف.

وتستتبع هذه القاعدة عدم جواز أخذ مال الغير بلا مسوغ مشروع، وهو ما تتضمنه القاعدة الثانية: «**لا يجوز لأحد أخذ مال أحد بلا سبب شرعي**».

ومعناها أنه لا يحل شرعاً مهما كان الحال عمداً أم خطأ، جداً أم هزلاً أن يأخذ إنسان مال غيره من دون سبب شرعي مشروع، لأن مبدأ الشريعة العام هو احترام حقوق الناس المالية، فمن تجاوز هذا المبدأ اعتبر غاصباً متعدياً يجب عليه رد المال لصاحبه ما دام موجوداً، وضمان مثله أو قيمته إن هلك، لقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وقوله: «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه، لاعباً جاداً، ومن أخذ عصا أخيه فليردها»[١].

من أمثلة الحالات غير المشروعة: النهب والسلب والسرقة والغصب والربا والقمار والرشوة ونحو ذلك. قال ابن جزي المالكي في قوانينه[٢]: إن أخذ أموال الناس بالباطل على عشرة أوجه كلها حرام، والحكم فيها مختلف: وهي الحرابة، والغصب، والسرقة، والاختلاس والخيانة، والإذلال، والفجور في الخصام بإنكار الحق أو ادعاء الباطل، والقمار كالشطرنج والنرد، والرشوة فلا يحل أخذها ولا إعطاؤها، والغش والخلابة في البيوع.

ومن أمثلة الأسباب المشروعة للأخذ: عقود المعاوضات المالية كالبيع والإيجار ونحوهما، وعقود التوثيق من رهن وكفالة وحوالة، وحالات الضرورة الشرعية كضرورة الغذاء والدواء، والإكراه، والجهل والحرج أو العسر، والدفاع الشرعي والظفر بالحق ونحو ذلك[٣].

---

(١) الحديث الأول رواه أبو داوود وابن ماجه والترمذي وقال: حديث حسن. والحديث الثاني رواه أبو داوود من حديث عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده.

(٢) ص٣٢٩.

(٣) راجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف.

ومن تطبيقات هذه القاعدة ما يأتي[١].

١- من دفع شيئاً لآخر ظاناً أنه دين واجب عليه، ثم تبين خلافه فله استرداده. ومن تصالح مع آخر، فأخذ عوض الصلح، ثم اعترف أنه لا حق له عند الخصم، وجب عليه رد ما أخذه لصاحبه، وبطل الصلح.

٢- إذا أخذ المشتري من البائع بدلاً عن العيب الذي اطلع عليه في المبيع ثم زال العيب. فيجب عليه رد بدل النقصان إلى البائع.

٣- من وضع يده على شيء بالتقادم مدة طويلة من الزمان، ثم ادعى شخص عليه، وأثبت أن الشيء مملوك له، وجب عليه ديانة رد الشيء للمدعي؛ لأن التقادم شرعاً لا يصلح سبباً من أسباب كسب الملكية، إذ إن الحق لا يسقط بالتقادم (مجلة م١٦٧٤)، وإنما هو فقط مانع من سماع الدعوى قضاء، كما أوضحنا سابقاً.

٨- «الجواز الشرعي ينافي الضمان» (م٩١ مجلة):

معناها أنه إذا كان الفعل الضار جائزاً مطلقاً غير ممنوع شرعاً بأي وجه من وجوه المنع، فلا ضمان على الفاعل أي لا يسأل مسؤولية مدنية. ويتضح ذلك بالأمثلة الآتية[٢]:

١- إذا ترتب على فتح محل تجاري كساد تجارة المحل الآخر، لا ضمان (م٩٦٥، ١٢٨٨ مجلة).

٢- من حفر بئراً أو حفرة في ملكه، فوقع فيها حيوان، فمات لا يضمن الحافر شيئاً (م٩١مجلة) لأن كل إنسان حر التصرف في أملاكه ما لم يتعلق بها حق الغير، وإلا فيمنع من الفعل، فحافر البئر فعل ما يجوز له شرعاً، فلا يسأل عن الضرر الحادث، وإن كان سبباً له، لأن تصرف الإنسان في ملكه الخاص غير مقيد بشرط سلامة الآخرين.

---

(١) شرح المجلة للأتاسي: ١/ ٢٦٤، للمحاسني: ١/ ١١٩ وما بعدها، المدخل الفقهي للزرقاء: ف٦٥٥.

(٢) البدائع: ٦/ ٦٨، ٧/ ٢٧٢، درر الحكام: ٢/ ١٠٩، ١١١ مجمع الضمانات: ص١٤٩ وما بعدها، جامع الفصولين: ص١٢٤، الأتاسي: ص٢٥١، المحاسني: ص١١٤ وما بعدها، المحمصاني: ١/ ٣٦، الزرقاء: ف٦٤٨.

هذا على عكس الأموال العامة فإن الانتفاع المأذون بها شرعاً مقيد بوصف السلامة، فمن سار في الطريق العام فأصاب شيئاً بنفسه أو بدابته أو بسيارته، فإنه ضامن له، وكذلك لو حفر حفرة في الطريق العام من دون إذن فوقع فيها إنسان أو حيوان يكون الحافر ضامناً.

وكذلك إيقاد النار حتى ولو في الملك الخاص مقيد بشرط السلامة لأن للنار سرياناً وانتشاراً، فإذا وصل شرار النار إلى مال الغير على وجه يصل إليه غالباً، فإنه يضمن.

٢- إذا أذن الحاكم بفعل كهدم جدار أو دار أثناء الحريق، أو كالإنفاق على الأقارب من ودائع الأموال الخاصة بشخص غائب، فلا ضمان على الهادم والوديع، للإذن بذلك لمصلحة عامة.

٣- إذا تلف الشيء المأجور أثناء الاستعمال المأذون فيه، أو بالتحميل بالقدر المعتاد المألوف بين الناس، فلا ضمان على المستأجر، لأنه فعل الجائز له. أما إذا تجاوز المستأجر الأمر المألوف فيضمن لتعديه (م ٦٠٥مجلة).

٤- إذا تصرف الشريك بأموال الشركة بما تقتضيه التجارة عادة كالبيع بالنقد أو بالنسيئة (أي حالاً أو مؤجلاً) أو كرهن شيء من المال، أو استئجار محل لتخزين البضاعة، أو قبول الحوالة بدين للشركة على شخص آخر، أو المضاربة بمال الشركة ونحو ذلك، فإنه لا يضمن شيئاً من الضرر المترتب على فعله.

وكذلك لا يضمن متولي الوقف والشريك المضارب والوكيل والوديع والمستعير والمستأجر والمرتهن ما يتلف بأيديهم مما يجوز لهم فعله شرعاً.

هذا.. وإن تجويز الفعل شرعاً لا يمنع من ضمانه في حالة خاصة وهي حالة الضرورة، عملاً بقاعدة أخرى هي: «الاضطرار لا يبطل حق الغير» (م٣٣ مجلة) فمن اضطر إلى أكل مال الغير لدفع أذى الجوع عن نفسه، يضمن قيمته، إذ إن هذا الجواز مقيد شرعاً بحفظ حق الآخرين[1].

---

(١) راجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص٢٥٣، ٢٩٩.

٩- «الخراج بالضمان» (م٨٥ مجلة)- «الغرم بالغنم» (م٨٧ مجلة)- «النعمة بقدر النقمة وعلى العكس» (م٨٨ مجلة):

معنى قاعدة «الخراج بالضمان» هو أن من يسأل عن ضمان شيء عند التلف، له الحق في منفعته في مقابلة تحمله تبعة الهلاك أثناء بقائه عنده.

والخراج لغة: هو الناتج من غلة الأرض ونحوها، فكل ما خرج من شيء فهو خراجه، كثمرة الشجرة، ومنفعة الدار، وأجرة الدابة ودرها ونسلها. وكذلك معناها عند الفقهاء: ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين. والضمان: هو الالتزام بالتعويض عن الشيء، وتستعمل عموماً بمعنى المسؤولية المدنية عن التعويض، وخصوصاً بمعنى المسؤولية الجنائية عن الجريمة.

وهذه القاعدة في أصلها حديث نبوي صحيح[١] سببه «أن رجلاً ابتاع عبداً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ، فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله، قد استعمل غلامي؟! فقال: الخراج بالضمان» ومعناه أن المنافع المستوفاة من العبد ونحوه هي للمشتري في مقابلة مسؤوليته عن ضمان الملك، فإنه لو تلف العبد في هذه الحالة، كان عليه ضمانه، فكانت الغلة في مقابلة الغرم.

وقد أبنّا فيما سبق أن أبا حنيفة استدل بهذا الحديث فيما قرره من عدم ضمان منافع الشيء المغصوب، لأن المنافع أعراض زائلة لا قيمة لها إلا بالعقد عليها كما في عقد الإجارة الصحيحة.

وقد أجيب بأنه ﷺ قضى بذلك في ضمان الملك، وجعل الخراج لمالك الشيء وهو المشتري، والغاصب لا يملك المغصوب. وعلى هذا فإن زوائد المغصوب كولد الدابة ونحوه هي للمالك لا للغاصب.

وتتضح القاعدة بالأمثلة الآتية[٢]:

---

(١) رواه الشافعي وأحمد، وأصحاب السنن الأربعة (أبو داوود والترمذي والنسائي وابن ماجه) وابن حبان من حديث عائشة بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنه.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٢١، والمواهب السنية بهامشه: ص٢٦٥، الأشباه لابن نجيم: ١/ ١٨٢ وما بعدها.

١- لو رد المشتري على البائع حيواناً بخيار العيب بعد أن استعمله مدة من الزمن، لا تلزمه أجرته عن تلك المدة، لأنه لو تلف حال وجوده عنده، كان عليه ضمان مثله أو قيمته (م٨٥ مجلة).

٢- لو كان المبيع شجرة، فأثمرت عند المشتري، ثم ردت على البائع بسبب الاستحقاق أو لتفرق الصفقة مثلاً، كانت الثمرة للمشتري، لأنه هو المتحمل تبعة الهلاك فيما لو هلكت.

٣- لو هلكت الدابة المأجورة أثناء تجاوز المحل المعين أو المدة المعينة في العقد، يلزم المستأجر بالضمان ويسقط الأجر بعد التجاوز، لأن المنفعة صارت له، إذ إن المنفعة بمقابلة الضمان (م٥٥٠ مجلة).

أما إذا تلفت الدابة بلا تعدٍّ ولا تقصير فيلزم المستأجر بأجرة ما قطع من المسافة، لأن الدابة حينئذ ليست في ضمانه.

هذا.. ويلاحظ أن قاعدة «الغلة بالضمان» مقيدة بوجود الملك المشروع أي (الضمان مع الملك). وبناء عليه فإن الغاصب كما أوضحنا لا يملك زوائد المغصوب، وكذلك البائع قبل القبض (أي قبض المشتري للمبيع) لا حق له في زوائد المبيع، لأنه وإن كان ضامناً للمبيع حال بقائه لديه بسبب وضع يده عليه، فإن المبيع على ملك المشتري بمجرد انعقاد العقد[1].

وأما قاعدة «**الغرم بالغنم**» فهي وإن كانت على عكس لفظ القاعدة السابقة، إلا أنها بمعناها، أي إن صاحب المنفعة يتحمل الخسارة عملاً بقاعدة العدالة والعدل الاجتماعي والتوازن بين النفع والضرر، وهذه القاعدة تماماً بمعنى نظرية تحمل التبعة التي تعفي المتضرر من إثبات خطأ الدائن الذي يصعب إثباته أحياناً، وهي فيما يبدو أكثر إنسانية وعدالة من النظرية التي كانت سائدة عند القانونيين المتطلبة وجوب إثبات الخطأ. وأمثلة القاعدة ما يأتي[2]:

---

(١) قارن بالمدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف٦٤٨، حيث حصر قاعدة «الخراج بالضمان» في الغلات والمنافع دون الأعيان المتولدة من الشيء، مع أنه لا فارق بينها بداهة، بل هو مخالف صراحة لنصوص الفقهاء كما ذكرنا.

(٢) شرح المجلة للأتاسي: ١/ ٢٤٥، للمحاسني: ١/ ١١١، القواعد الفقهية للحمزاوي: ص٨٢، المدخل للزرقاء: ف٦٥٠.

١- على المرتهن أجرة حارس المرهون، لأن المرتهن هو الذي يستفيد من المرهون بتأمين وتوثيق حقه (م٧٢٣ مجلة).

وعلى المشتري أجرة تحرير سند البيع ونحوه من رسوم «الطابو» أي التسجيل العقاري توثيقاً لنقل الملكية إليه.

وعلى الشركاء نفقة تعمير وترميم وصيانة الملك المشترك بقدر حصصهم (م١٣٠٨ مجلة).

٢- يلتزم المستعير بنفقة رد العارية إلى المعير، لأن وضع يده على العارية لمصلحة نفسه. والغاصب وقابض المبيع بيعاً فاسداً مثل المستعير.

هذا على عكس الوديع والمستأجر والمرتهن، فإن نفقة رد الشيء المحفوظ لديهم على نفقة صاحبه.

وأما **قاعدة «النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة»** فهي أيضاً بمعنى القاعدتين السابقتين، أما لفظها، فالقسم الأول منه مثل «الخراج بالضمان» والآخر مثل «الغرم بالغنم».

وعلى هذا[1] فإن الخزينة العامة أو ميزانية الدولة هي التي تتحمل نفقة اللقطاء وتربيتهم مقابل استحقاقها تركتهم إذا ماتوا من دون وارث. وهي كذلك التي تتحمل دية القتيل الذي لم يعرف قاتله مقابل أخذها تركة من لا وارث له.

وعلى الزوجة إطاعة زوجها في غير المعاصي مقابل التزامه بالإنفاق عليها لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ﴾ [البقرة: ٢/٢٢٨].

١٠ - «الأجر والضمان لا يجتمعان» (م٨٦ مجلة):

هذه القاعدة خاصة بمذهب الحنفية دون غيرهم، وتعتبر هي أيضاً أساساً لقولهم بعدم ضمان منافع المغصوبات.

ومعناها أن الأجرة الواجبة لقاء منفعة لا تجب، ويسقط التزامها إذا كان هناك

---

(١) المراجع السابقة.

التزام بضمان قيمة العين فيما لو هلكت، سواء أوقع الهلاك فعلاً أم لا، وذلك بشرط عدم استقرار الأجر في ذمة الضامن، كأن استوفى المنفعة، فحينئذ يجتمع الأجر والضمان.

ويتضح ذلك بالأمثلة الآتية[1]:

١- لو استأجر شخص دابة للركوب، فحملها حملاً بدلاً من الركوب، أو لحمل شيء معين، فحملها شيئاً آخر أو أثقل منه بخلاف الجنس، كأن حمَّل مكان القطن حديداً، فتلفت، يضمن قيمتها ولا أجر عليه، لأنها هلكت بفعل غير مسموح به من المؤجر، فصار بذلك غاصباً، ولا أجرة على الغاصب، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان (م٥٥٠ مجلة).

وكذلك لا أجر عليه أيضاً إذا لم تتلف الدابة، وردها إلى صاحبها سليمة، لأنه صار غاصباً بالتعدي، ولا أجر على الغاصب، لأن المبدأ المقرر عند الحنفية هو عدم ضمان منافع المغصوب إلا إذا كان مال وقف أو مال يتيم أو معداً للاستغلال، كما ذكرنا سابقاً (م٥٩٦ مجلة).

وبما أن مبدأ عدم ضمان المنافع منتقد عند الحنفية كما أوضحنا في بحث ضمان المنافع، فكل ما ترتب عليه من عدم ضمان الأجرة في مثل هذه الأحوال منتقد أيضاً، إذ إنه منفذ خطير أمام المستأجرين للتخلص من دفع الأجرة بمخالفة وجه الانتفاع المتفق عليه، ثم رد المأجور سليماً لصاحبه، ونظراً لهذه النتيجة الغريبة قال الحنفية: يجب الأجر المسمى استحساناً وإن كان لا يجب قياساً[2].

٢- لو استأجر شخص أرضاً على أن يزرعها حنطة، فزرعها شيئاً آخر يضر بالأرض كالفِصْفِصة (أي الرّطبة)، ضمن نقصان الأرض ولا أجر عليه لأن الأجر والضمان لا يجتمعان.

---

(١) المبسوط ١٤٧/١٥، ١٧٠، البدائع: ٢١٣/٤، الأشباه لابن نجيم: ٢٢١/٢، الدر المختار: ٢٥/٥، تبيين الحقائق: ١١٨/٥، تكملة فتح القدير: ١٧٠/٧، القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص٨٢، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف٦٥٢.

(٢) جاء في مجمع الضمانات: ص٢٥: لو أقعد فيها - أي في الدار - قصاراً، فانهدمت الدار من عمله، ضمن، ولا يجب الأجر فيما ضمن... ولو لم ينهدم شيء من الدار بسبب القصارة: لا يجب الأجر قياساً، ويجب الأجر المسمى استحساناً.

٣- إذا استأجر رجل دابة للركوب أو للحمل إلى مكان معلوم، أو مدة معلومة، ثم جاوز ذلك المكان المتفق عليه، أو انتفع بها زيادة على المدة المحددة، فهلكت الدابة، فلا يضمن أجرتها بعد التجاوز عن المكان أو الزمان المتفق عليه في العقد، لأنه في هذه الزيادة كان ضامناً للدابة. أما قبل ذلك في المكان أو الزمان المتفق عليه فإنه يضمن الأجرة، وحينئذ يجتمع الأجر والضمان، لأن الأجرة كانت قد استقرت في ذمته باستيفاء المنفعة المعقود عليها حينما كانت يده يد أمانة، فإذا انقلبت يد ضمان أي يد غصب هنا، لم يجتمع الأجر والضمان.

والخلاصة: أن قاعدة عدم اجتماع الأجر والضمان حنفية المنشأ غير مقبولة التطبيق إلا في حال هلاك الشيء فعلاً، لذا قال المالكية والشافعية والحنابلة باجتماع الأجر والضمان مطلقاً: فلو استأجر إنسان دابة، فحملها قدراً أزيد مما اتفق عليه أو تجاوز المسافة أو الزمان، فيجب عليه الأجر المتفق عليه، وأجر المثل عن الزيادة، وضمان قيمة الدابة إذا هلكت(١).

١١- «الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه».

هذه القاعدة أيضاً حنفية المنشأ والتطبيق، وهي تكمل القاعدتين السابقتين، ومعناها: أن الذي يدفع قيمة الشيء الهالك أو مثله: يكون مالكاً لهذا الشيء من يوم قبضه، وهذا هو معنى قول الحنفية: «إن المضمونات تملك بأداء الضمان أو اختياره مستنداً» أي بأثر رجعي إلى وقت القبض أو الأخذ بتعبير القانونيين.

وعلى هذا:

١- من غصب شيئاً، فأخفاه، فضمنه المالك قيمته، ملكه الغاصب من وقت وجود الغصب، حتى إنه لو باعه أو وهبه أو تصدق به قبل أداء الضمان، نفذ تصرفه. وإذا كان للشيء المضمون غلة أو ربح، كان ذلك من حق الضامن(٢). وهذا

---

(١) القوانين الفقهية: ص٢٧٦، مغني المحتاج: ٢/ ٣٥٣ وما بعدها، المغني: ٥/ ٢٥٩ وما بعدها.

(٢) المبسوط: ١٦/ ١٤، وما بعدها، البدائع: ٧/ ١٥٢ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٧٣، ٣٨٦: القدوري وشرحه اللباب: ٢/ ١٩٣، تبيين الحقائق: ص٣٢٥.

هو مذهب المالكية أيضاً، إلا أنه لا غلة للغاصب، ويرد ما أكل من غلة أو انتفع[١].

وقال الشافعية والحنابلة: لا يملك الغاصب الشيء المغصوب بأداء الضمان، لأن الغصب عدوان محض، فلا يصلح سبباً للملك[٢].

٢- إذا ضمن الراعي شاة تلفت بسبب سوقه الماشية، فلا أجر له عنها، وكذلك كل من وقع عليه الضمان، فلا أجر له فيه، لأنه ملك المضمون بالضمان، فلا يكون مسلَّماً إلى صاحبه.

٣- لو ضمنا السارق قيمة المسروق أو مثله، ملك المسروق من وقت الأخذ.

١٢- «الاضطرار لا يبطل حق الغير» (م٣٣ مجلة).

إن الأفعال الاضطرارية سواء أكانت بسبب سماوي كالمجاعة والقحط أو بسبب بشري كالإكراه، فهي وإن أباحت الفعل المحظور كأكل الميتة، أو رخصت الفعل مع بقائه على الحرمة كالنطق بكلمة الكفر، فإنها لا تمس حقوق الآخرين المالية، ويجب ضمانها: المثل في المثليات، والقيمة في القيميات، لأن إذن الشارع لا يسقط الضمان، وقد عبر القرافي المالكي عن ذلك فقال[٣]: «**الإذن العام من قبل صاحب الشرع في التصرفات لا يسقط الضمان، وإذن المالك في التصرفات يسقط الضمان**» وهذا في الجملة باتفاق المذاهب الأربعة[٤].

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٣١٥، شرح الرسالة: ٢/ ٢٢٠.

(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٢٧٧، المغني: ٥/ ٢٥٥.

(٣) الفروق: ١/ ١٩٥ وما بعدها.

(٤) الدر المختار: ٥/ ٢٣٨، تكملة فتح القدير: ٧/ ١٠٩، ٣٠٢، البدائع: ٧/ ١٧٩، مختصر الطحاوي: ص٤٠٩، تبيين الحقائق: ٧/ ١٨٦، تفسير القرطبي: ٢/ ٢٢٦، القوانين الفقهية: ص١٧٣، الشرح الكبير: ٢/ ١١٦، ٤/ ٣٥٥، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٧٩، مغني المحتاج: ٤/ ٣٠٨، المهذب: ١/ ٢٥٠، القواعد لابن رجب: ص٣٦، ٢٨٦، المغني: ٨/ ٦٠٢، أعلام الموقعين: ٢/ ٢٥، المحلى: ٨/ ٣٨١، وقارن هذا بالمسؤولية المدنية والجنائية لأستاذنا المرحوم شلتوت حيث نقل عن الشافعي إسقاطه المسؤولية بالاضطرار لوجود الإذن من المشرع، ولا تجتمع إباحة وضمان. والحق خلافه كما ذكرنا وكما في كتابنا نظرية الضرورة الشرعية: ص٢٩٩.

وأمثلتها ما يأتي:

١- إذا اضطر شخص حال المخمصة إلى طعام غيره، فأكله، جاز له أخذه، ولكن يضمن قيمته إلا إذا أبرأه صاحب المال، لأن إذن المالك لم يوجد، وإنما وجد إذن الشرع، وهو لا يوجب سقوط الضمان، وإنما ينفي الإثم والمؤاخذة بالعقاب الأخروي، لأن الشرع جوز للمضطر التجاوز على مال الغير بشرط السلامة.

٢- من صال عليه حيوان، فقتله، يضمن قيمته لصاحبه. وقال الحنابلة: لا ضمان في هذه الحالة.

٣- من أتلف مال غيره بإكراه ملجئ، وجب الضمان فيه على المكره عند الحنفية والحنابلة، لأنه هو الذي تسبب في إحداث الضرر في الواقع، وأما المستكره فهو مسلوب الإرادة، ويعتبر كالآلة المتحركة بيد المكره.

وقال المالكية والظاهرية: الضمان على المستكره، لأنه يكون حينئذ كالمضطر إلى أكل طعام الغير.

وقال الشافعية في الأرجح عندهم: الضمان مبدئياً على المكره والمستكره معاً، لأن المستكره باشر الإتلاف، والمكره تسبب فيه، ثم يستقر الضمان في النهاية على المكره في الأصح، لأنه هو المؤثر الأقوى في إحداث الضرر.

٤- إذا رجع المعير في إعارته أرضاً للزراعة، وجب إبقاء الزرع في الأرض حتى يحصد لحساب المستعير بطريق الإجارة بأجر المثل، وإذا انتهت مدة إيجار الأراضي المزروعة، وجب أيضاً تمديد الإيجار بأجر المثل لإدراك الزرع، وإذا انقضت مدة إيجار سفينة في أثناء رحلتها البحرية، وجب تمديد العقد بأجر المثل حتى تنتهي الرحلة، لأن الاضطرار في هذه الأحوال كلها لا يبطل حق الغير.

٥- قال المالكية: من أذن لغيره في جرحه أو في إتلاف ماله فلا ضمان على المأذون إلا في الوديعة إذا أذن ربها لمن هي عنده في إتلافها فإنه يضمن إذا أتلفها لالتزامه حفظها بالقبول.

١٣- «ما لا يمكن الاحتراز منه لا ضمان فيه»:

الإسلام دين اليسر والسماحة والاعتدال، فكل ما يمكن تجنبه والاحتراز أو الاحتياط منه يكون سبباً موجباً للضمان، وكل ما يشق البعد أو الاحتراز منه لا يكون سبباً موجباً للضمان، لأنه من الضرورات، ولأن ما يستحق على المرء شرعاً يعتبر فيه الوسع والطاقة.

والأمثلة هي[١]:

١- لو اشترى رجل من آخر مشجرة، فقطعها، فادعى البائع أن المشتري حين القطع أفسد له بعض الأشجار لم تكن داخلة في البيع فقال المشتري: أنا لم أتعمد ذلك، ينظر: إن كان الذي يدعيه البائع من الفساد، يمكن التحرز منه، فيكون المشتري ضامناً له. وإن كان مما لا يمكن الاحتراز منه، فلا ضمان بذلك على المشتري، ويكون مأذوناً به دلالة أو ضمناً.

٢- للناس الانتفاع بالمرافق العامة مشياً أو ركوباً ونحو ذلك بشرط السلامة وعدم الإضرار بالآخرين بما يمكن التحرز منه، دون ما لا يمكن التحرز منه، حتى يتيسر للناس سبيل الانتفاع ويتحقق العدل وتزول العوائق ويتوافر الأمن والحرية في الطرقات.

وعلى هذا: إذا سقط الحمل عن ظهر الحمال، فأتلف مالاً لشخص فإنه يضمن، لأنه يمكن التحرز منه.

ويضمن الراكب ما وطئت دابته بيد أو رجل أو رأس، أو كدمت[٢] أو خبطت، لأن الاحتراز من الإيطاء والصدم والكدم والخبط ممكن، لأنه ليس من ضرورات السير في الطريق.

---

(١) المبسوط ١٥/١٠٣، ٢٦/١٨٨ وما بعدها، تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/١٤٩، البدائع: ٧/ ٢٧٢، مجمع الضمانات: ص٤٧، ١٦٥، درر الحكام: ٢/١١١ وما بعدها، القواعد الفقهية للشيخ الحمزاوي: ص٦٢، مذكرة عن المعاملات للأبياني: ص١٩١ .

(٢) الكدم: العض بأدنى الفم، وبابه (ضرب ونصر).

أما إذا نفحت[١] الدابة أحداً برجلها أو بذنبها أثناء سيرها في الطريق فأتلفت ثوبه مثلاً، فلا ضمان على الراكب، لقوله عليه السلام: «الرِّجْل جُبَار»[٢] أي هدر، والمراد نفحة الدابة بالرجل وهي تسير أي إنه لا ضمان فيما جنته الدابة برجلها، لأنه لا يمكن الاحتراز من النفحة بالرجل والذنب مع السير على الدابة. فإن أوقفها صاحبها في الطريق، ضمن النفحة، لأنه يمكن التحرز من الإيقاف، وإن لم يمكنه التحرز من النفحة، فصار متعدياً بالإيقاف، وشغل الطريق به، فيضمن نتيجة فعله.

٣- لا يضمن الطبيب أو الجراح التلف الحاصل بسريان الفعل إلى الهلاك إذا تمت المعالجة أو العملية الجراحية على النحو المعتاد المعهود المأذون فيه دون تجاوز ولا إهمال، لأن حدوث مضاعفات غير متوقعة عادة لا يمكن الاحتراز منه، وليس في الوسع تجنبه.

٤- إذا غرقت السفينة بإعصار شديد، أو بهيجان البحر، أو بالاصطدام بصخر لا يعلم به ربان السفينة، ولا عهد له به، فلا ضمان عليه، لأن ذلك مما لا يمكن الاحتراز منه.

٥- إذا تلف الثوب عند القصار أو الأجير المشترك في حفظ الثياب وغيره بأمر لا يمكن الاحتراز منه كالحرق الغالب أو الغرق الغالب، فلا يكون ضامناً لقيمته أو مثله، على عكس ما يمكن الاحتراز منه فإنه ضامن له في رأي الصاحبين، وقولهما هو المفتى به عند الحنفية، كما مر سابقاً.

هذا... وقد أورد العز بن عبد السلام أمثلة تحت عنوان «إهدار الضمان مع التسبب» وهي صور أو حالات يشق الاحتراز منها وتدعو الحاجة إلى التسبب إليها وهي[٣].

أولاً- إرسال البهائم للرعي بالنهار: فإنه لا يضمن صاحبها ما تتلفه لما في تضمينه من الضرر العام.

---

(١) نَفَحت الدابة: ضربت برجلها.

(٢) أخرجه أبو داوود والنسائي والدارقطني من حديث أبي هريرة، وفيه ضعف، قال ابن ماجه: الجُبَار: الهدر الذي لا يغرم.

(٣) قواعد الأحكام: ٢/ ١٦٥ وما بعدها.

ثانياً- إذا أوقد شخص في داره ناراً ملتزماً في ذلك الأمر المعتاد فطار منها شرر، فأتلف شيئاً بالإحراق فإنه لا يضمن لما في التضمين من الضرر العام.

ثالثاً- إذا سقى بستانه حسب المعتاد عند أمثاله، فسرى الماء إلى جاره، فأفسد له شيئاً، فلا ضمان عليه.

رابعاً- إذا ساق رجل دابته حسب المعتاد في الأسواق، فأثارت غباراً أو شيئاً من الأوحال والإيذاء، فأفسد شيئاً، فلا ضمان، إلا أن يزيد على ما هو المعتاد، فلو ساق في الأسواق إبلاً غير مقطورة أو ركب دابة نزقة لا يؤثر فيها كبح اللجام، لزمه الضمان لخروج ذلك عن المعتاد.

١٤- «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»:

هذا نص حديث نبوي رواه الإمام أحمد في مسنده، وأصحاب السنن الأربعة، والحاكم في مستدركه وصححه، وقرر الترمذي حسنه، من حديث سمرة بن جندب. وهو أساس عام في وجوب رد ما قبضه المرء من أملاك غيره، ومعناه: أنه يجب على قابض ملك الغير سواء أكان غاضباً أم مستعيراً أم وديعاً أم مستأجراً ونحوهم أن يرده إلى صاحبه، ولا يبرأ من المسؤولية إلا بوصول الشيء إلى مالكه أو من يقوم مقامه، بدليل قوله عليه السلام: «حتى تؤديه»، ولا تتحقق التأدية إلا بذلك[١].

وكثيراً ما يستدل به العلماء على التزام التضمين، لأن المأخوذ إذا كان رده واجباً على اليد الآخذة، فالمراد أنه في ضمانها[٢] فإذا كان موجوداً يجب رده بعينه، وإذا هلك يرد مثله أو قيمته.

ويؤيد معنى هذا الحديث قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٨٨] وقوله سبحانه: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٤/ ٥٨] وأحاديث نبوية أخرى مثل قوله عليه السلام: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[٣]

---

(١) سبل السلام: ٣/ ٦٧ البابي الحلبي.

(٢) المرجع السابق، نيل الأوطار: ٥/ ٢٩٨ط العثمانية المصرية.

(٣) رواه الترمذي وأبو داوود وحسنه وصححه الحاكم من حديث أبي هريرة.

وقوله أيضاً: «ليس لِعرْقٍ ظالم حق»[١] ومعناه أن من بنى أو زرع أو حفر في أرض غيره بغير حق ولا شبهة حق فهو ظالم ولا حق له. وأخرج البخاري ومسلم عن أبي بكرة ﷺ أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر بمنى: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا».

١٥- «إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل» (م٥٣ مجلة):

معناها: أن الحق الواجب تسليمه أصلاً إلى صاحبه هو عين حقه، فإذا تعذر رده بذاته بسبب تلفه، أو إتلافه، وجب رد عوض عنه.

على هذا: ينبغي بمقتضى خيار العيب الثابت للمشتري رد عين المبيع المعيب إلى بائعه، فإن تعذر رده بسبب تلفه عند المشتري، أو بإحداث عيب جديد فيه، أو بإدخال زيادة لازمة عليه كالصباغ، يسترد المشتري من البائع جزءاً من الثمن يعادل فرق نقصان العيب القديم الذي كان موجوداً عند البائع.

ويجب على الغاصب رد عين المغصوب على مالكه على الوجه الذي أخذه، فإذا هلك أو استهلك وجب عليه رد بدله: المثل في المثليات، والقيمة في القيميات[٢].

١٦- «لا ضمان على المبالغ في الحفظ»:

يحتاج إلى هذه القاعدة كثيراً في نطاق المسؤولية التعاقدية كما في عقدي الإيداع والوكالة مثلاً[٣].

فإذا حفظ الوديع الوديعة كما يحفظ ماله في حرز مثله[٤]، بأن يحفظها في يده أو بيد من هو في عياله ممن تلزمه نفقته كامرأته وولده وغلامه وخادمه، ثم تلفت أو سرقت، فلا ضمان عليه، لأنه بالغ في الحفظ.

---

(١) رواه أبو داوود وإسناده حسن، وأصحاب السنن من حديث عروة بن الزبير، وسعيد بن زيد.
(٢) شرح المجلة للأتاسي: ١/ ١٢٧، للمحاسني: ١/ ٧٧.
(٣) القواعد الفقهية للشيخ الحمزاوي: ص٧١.
(٤) لكن لا يشترط أن يحفظ الوديعة بنفس الكيفية التي يحفظ بها ماله.

ومن وكل غيره في بيع بضاعة في بلد آخر بغير أجر، فباعها وأخذ ثمنها، ثم خبأه معه، فسرق منه ليلاً وهو نائم، أو أخذ منه عنوة في الطريق، فلا ضمان عليه، لأنه بالغ في الحفظ، والوكيل أمين لا ضمان عليه لموكله، إلا إذا حدث منه تعد أو تقصير.

١٧- «يقبل قول الأمين في براءة نفسه لا في إلزام الضمان على الغير»:

من المعلوم أنه إذا تعارضت ادعاءات المتخاصمين، كالوديع والمودع مثلاً، فادعى أن الوديعة هلكت عنده من دون تفريط، وأنكر المودع المالك وادعى أن الوديع أتلفها، يؤخذ بقول الوديع بيمينه، لأنه أمين في الحفظ، والأمين مصدق باليمين (م١٧٧٤ مجلة).

إلا أن قول الأمين يقبل فيما يرجع إلى براءة نفسه من الضمان لا في إلزام الضمان على غيره.

وبناء على ذلك: إذا ادعى المودع أن له وديعة عند شخص، وقال الوديع: أنا رددتها إليك، فالقول قول الوديع مع اليمين في براءة ذمته.

وإذا ادعى وصي أنه أنفق نفقة من مال الصغير عليه فيما لا يكذبه الظاهر (أي قرائن الأحوال): يصدق في ادعائه، لأنه أمين يدعي براءة ذمته، بخلاف ما لو ادعى أنه أنفق نفقة على الصغير من ماله الخاص هو، وأراد أن يرجع بذلك في مال اليتيم، فإنه لا يصدق إلا بالبينة، لأنه يريد بدعواه إلزام الضمان على الغير وهو الصغير هنا(١).

١٨- «جناية العجماء جُبَار» (م٩٤ مجلة):

الجناية: هي كل فعل ممنوع شرعاً يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه.

والعجماء: هي الحيوان، مشتق من العجمة التي هي عدم الإفصاح.

وجبار (بضم الجيم) أي هدر (بتحريك الدال) لا ضمان فيه.

---

(١) القواعد الفقهية للحمزاوي: ص٣٣٥.

ومعنى القاعدة: أن الإتلاف الذي يحدثه الحيوان من تلقاء نفسه ولم يكن عقوراً ولا فرط مالكه في حفظه حيث يجب عليه حفظه، وذلك في الليل أو في أمكنة التجمعات، لا ضمان فيه على صاحبه لعدم وجود الإدراك الذي هو أساس المسؤولية، فإن كان الإتلاف بواسطة صاحبه كأن كان راكباً أو سائقاً أو مجفلاً له، فعليه الضمان.

وأصل هذه القاعدة حديث نبوي نصه: «العجماء جُرْحها جبار»[1] أي إن ما تتلفه لا ضمان فيه بالشروط السابقة.

وتعرف الأحكام المنوه عنها بالأمثلة الآتية[2]:

١- إذا ربط شخصان دابتيهما في مكان لهما فيه حق الربط، فأتلفت إحداهما الأخرى، لا يلزم الضمان، مثلاً: لو أتلفت دابة أحد الشريكين في دار دابة الآخر عندما ربطاهما في تلك الدار، لا يلزم الضمان (م٩٣٩ مجلة).

٢- وإذا اشترى رجل شاتين فنطحت إحداهما الأخرى قبل القبض، فهلكت، خيِّر المشتري بين أخذ الباقية بحصتها من الثمن أو فسخ البيع.

إذا انفلتت دابة بنفسها، فأصابت مالاً أو إنساناً بأذى نهاراً أو ليلاً، لا ضمان على صاحبها. ومثل ذلك: لو جمحت الدابة بالراكب ولم يقدر على ردها، فإنه لا يضمن ما تتلفه من مال أو إنسان. وإذا قتلت هرة حمامة أو أفسدت زرعاً لم يضمن صاحبها.

٣- إذا كان لإنسان حيوان مؤذٍ كثور نطوح وكلب عقور، فطلب الناس من صاحبه حبسه أو ربطه، فلم يفعل، فآذى أحداً من المارة يضمن، فإن لم يطلب أحد منه فلا ضمان. وهذا هو رأي المالكية أيضاً.

---

(١) أخرجه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) ومالك من حديث أبي هريرة ﷺ (نيل الأوطار: ٥: ٣٢٤).

(٢) نيل الأوطار: ٥/ ٣٢٤ وما بعدها، البدائع: ٧/ ٢٧٣، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٤٢٨، ٤٣٠، جامع الفصولين: ٢/ ١١٨ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص١٨٥ وما بعدها، القواعد الفقهية للحمزاوي: ص٣١٠ وما بعدها، ٦٤، ١٩٤، الفروق: ٤/ ١٨٥ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٩، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٤٣، م٩٢٩ مجلة.

٤- لو أغرى إنسان كلباً أو أشلاه[1]، فعقر رجلاً، ضمن مطلقاً، سواء أكان الإتلاف فور الإشلاء أم بعدئذ، لأنه بإغرائه يصير الحيوان آلة للعقر، وهذا رأي أبي يوسف صاحب أبي حنيفة، والفتوى عند الحنفية في ذلك على قوله، وقد أخذت المجلة به (م٩٢٩).

٥- إذا ألقى شخص هرة إلى حمامة أو دجاجة، فأكلتها بمجرد إلقائه: فيضمن. أما إذا أكلتها بعدئذ فلا يضمن.

٦- إذا ساق رجل دابة أو ركبها أو جفلها فأتلفت شيئاً، ضمن السائق والراكب، لأنهما مباشران للتلف، وضمن المجفل أيضاً لأنه متسبب بالإتلاف.

١٩- «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان» (م٨٣ مجلة):

معناها: أنه يجب احترام وتنفيذ الشرط المتفق عليه إذا كان موافقاً للشرع أو لمقتضى العقد، وكان تنفيذه ممكناً ومفيداً وإلا كان لغواً. والمراد بهذا الشرط بداهة هو الشرط التقييدي (وهو ما يقترن بالعقود والتصرفات من التزامات يشترطها الناس بعضهم على بعض) لا الشرط التعليقي (وهو كل شرط يعلق فيه الإنسان تصرفه على حصول أمر من الأمور)[2].

والدليل على وجوب احترام الشروط في العقود هو قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»[3]. والمقصود بقدر الإمكان: هو بذل الوسع في احترام الشروط المشروطة حسب الطاقة[4] وإلا كان الإخلال بها مستوجباً للضمان، بدليل ما قاله الكاساني[5]: «الأصل في الشروط اعتبارها

---

(١) الإشلاء: تحريض الكلب وإغراؤه على رجل وتسليطه عليه.

(٢) والذي يحكم الشرط التعليقي هو المادة السابقة من المجلة وهي «المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط» (م٨٢).

(٣) أخرجه الترمذي من حديث عمرو بن عوف، وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(٤) وقال الأستاذ الزرقاء في المدخل ف٦٤٧: «المراد بقدر الإمكان: ما لا يخالف قواعد الشريعة في نظام العقود» وأرى أن هذا ليس المراد فقط من هذه العبارة، وإنما مع ملاحظة كون تنفيذ الشرط في حدود الإمكان.

(٥) البدائع: ٩٨/٦.

ما أمكن، وإذا كان القيد مفيداً كان ممكن الاعتبار» وبدليل المفهوم من قاعدة «الضرر يدفع بقدر الإمكان» (م٣١ مجلة) أي يدفع بالقدر الممكن.

وتتضح القاعدة بالأمثلة الآتية(١):

١- إذا شرط المودع على الوديع حفظ الوديعة في مكان معين كدار أو بيت أو صندوق، فنقلها إلى مكان آخر من دون عذر، فإن كان المكان الجديد أدنى في درجة الحفظ يضمن، وإن كان مماثلاً له في الحفظ أو أحفظ منه، فلا يضمن، لأن التقييد غير مفيد.

٢- إذا سلم رجل رأس مال لآخر على أن يضارب به في بلدة معينة كدمشق مثلاً، فليس له أن يضارب به في بلدة أخرى، لأن الأماكن تختلف الأسعار فيها رخصاً وغلاء، والسفر بالمال عرضة للمخاطر، فلو خالف المضارب وهلك المال، يضمنه، لأن الشرط مفيد.

أما إذا شرط رب المال على المضارب أن تكون المضاربة في سوق دمشق مثلاً، فضارب به في دمشق في غير السوق المخصص، صحت المضاربة استحساناً، ولو تلف رأس المال لا يضمنه، لأن هذا الشرط غير مفيد، إذ إن البلدة الواحدة بمنزلة بقعة واحدة، فيلغو الشرط.

٣- لو باع شخص شيئاً لغيره بثمن مؤجل على شرط أن يقدم المشتري رهناً معلوماً، أو كفيلاً معيناً، صح الشرط لملاءمته مقتضى العقد، لأن الكفالة والرهن استيثاق بالثمن، فيلائم ذلك عقد البيع ويؤيد التسليم.

أما إذا اشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع للغير، أو اشترط الراهن عدم الضمان في الرهن بأن قال للمرتهن: إذا تلف المرهون لا يسقط شيء من الدين، بطل الشرط لأنه غير مفيد. وكذا إذا اشترط المودع على الوديع ضمان الوديعة إذا تلفت من غير تعد ولا تقصير، كان الشرط باطلاً لغواً لا فائدة منه.

---

(١) المبسوط: ١١/ ١٢١، ١٣/ ١٨، ٢٢/ ٤٢، البدائع: ٥/ ١٧١، ٦/ ٩٨، ١١٠، مختصر الطحاوي: ص١٢٥، تبيين الحقائق: ٥/ ٥٩، تكملة فتح القدير: ٧/ ٦٤، ٩٧، شرح المجلة للأتاسي: ١/ ٢٣٥، للمحاسني: ١/ ١٠٧.

٢٠- «**الإجازة تلحق الأفعال**»:

اختلف علماء الحنفية في ذلك، فقال أبو حنيفة: «الإجازة لا تلحق الإتلاف» وعلى هذا فلو أتلف إنسان مال غيره تعدياً، فقال المالك: أجزت أو رضيت أو أمضيت، لم يبرأ المتعدي من الضمان.

وقال محمد: الإجازة تلحق الإتلاف كالعقود الموقوفة. وهذا الرأي هو الأصح عند الحنفية، فإنهم قالوا: «**إن الإجازة تلحق الأفعال**» كالأقوال، فتلحق الإتلاف، لأنه من جملة الأفعال[1]، فلو غصب إنسان شيئاً وقبضه، فأجاز المالك قبضه، برئ الغاصب من الضمان. ولو انتفع الغاصب بالشيء فأمره المالك بحفظه له، لم يبرأ من الضمان. ولو رد الغاصب الشيء المغصوب على أجنبي (أي غير المالك) فأجاز المغصوب منه قبض ذلك الأجنبي، برئ الغاصب من الضمان.

وإذا بعث المدين بالدين مع رجل إلى الدائن، فجاء المبعوث وأخبر الدائن بذلك، ورضي بإرسال الدين معه، وقال له: اشتر به شيئاً، فذهب واشترى ببعضه شيئاً، وهلك الباقي، فيهلك من مال الدائن على الصحيح في المذهب الحنفي، لأن الرضا ببعث الدين في الانتهاء بمنزلة الإذن بالقبض في الابتداء.

وإذا تصدق الملتقط باللقطة على فقير بعد تعريفها والإعلان عنها سنة ثم جاء صاحبها بعد التصدق بها، فأجاز تصدق الملتقط بها، صحت الصدقة ويكون له ثوابها، لأن تلك الإجازة كالإذن بالفعل ابتداء، بل إن الإجازة بذلك تصح، ولو كان المال قد تلف في يد الفقير، لأن الإذن بالتصدق قد حصل سابقاً من الشرع لا من المالك. وهذا على عكس إجازة بيع الفضولي فإنه يشترط لصحتها كون المبيع ما زال موجوداً غير هالك في يد المشتري، لأن الإجازة تصرف في العقد، فلا بد من قيام العقد، وقيامه بوجود المعقود عليه[2].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه: ٢/ ٩٧ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ١٣٩.

(٢) البدائع: ٥/ ١٤٩، فتح القدير: ٥/ ٣١١.

الباب الثاني

الضمان في نطاق المسؤولية المدنية

أشرنا سابقاً إلى أن العمل غير المشروع عند القانونيين قد تكون المسؤولية عنه أدبية أو قانونية، وتكون الأولى عند مخالفة واجب أدبي، والثانية عند مخالفة واجب قانوني. وهذه تنقسم بدورها إلى مسؤولية جنائية: وذلك عند حدوث ضرر يصيب المجتمع، ومسؤولية مدنية: وذلك عند حدوث ضرر يصيب الفرد[1].

والمسؤولية المدنية تنقسم إلى مسؤولية تعاقدية، ومسؤولية تقصيرية.

فالأولى: هي التي تترتب على مخالفة التزام تعاقدي كامتناع البائع من تسليم المبيع، وامتناع المؤجر من تسليم المأجور.

والثانية: هي التي تنشأ عند مخالفة واجب قانوني كالغصب والإتلاف. وسنبحث عند فقهاء الإسلام أهم حالات الضمان في كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية[2]، في الفصلين الآتيين:

---

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري: ٦/١٤٩ وما بعدها.

(٢) أطلق القانون المدني العراقي على النوع الأول اسم (ضمان التعاقد) وعلى النوع الثاني اسم (العمل غير المشروع).

الفصل الأول

أهم حالات الضمان في المسؤولية العقدية

يتحقق الضمان في المسؤولية العقدية إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه كالالتزام بالتسليم، أو بضمان سلامة الشيء المعقود عليه، سواء أكان عدم التنفيذ عن عمد أو إهمال، وهذا هو المراد بالخطأ العقدي.

وسواء أكان الالتزام في اصطلاح القانونيين التزاماً بتحقيق غاية كنقل الملكية أو البضاعة إلى مكان ما أو تسليم شيء معين، أو التزاماً ببذل عناية كالمحافظة على الوديعة والعارية والعين المستأجرة[1].

وسنبحث أهم حالات الضمان لهذا النوع من المسؤولية، وذلك في عقود البيع والإيجار والإيداع والإعارة والرهن والوكالة، إلا أننا سنجمل الكلام هنا نظراً لما سبق بيانه في بحث عقود الضمان والأمانة.

أ- الضمان في عقد البيع:

ينشأ عن عقد البيع التزامان على البائع هما: التزام بتسليم المبيع، والتزام بضمان سلامة المبيع، وهما التزامان بتحقيق غاية معينة وهي نقل الحق العيني، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل[2].

---

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري: ٦/١٤٩ وما بعدها.

(٢) أما نقل الملكية فهو حكم أصلي ينشأ بمجرد الإيجاب والقبول بين العاقدين أي إنه يتم بمجرد العقد ولا يتوقف على إرادة العاقد، وتحقيق حكم العقد أو مقتضاه مرده إلى الشرع، لا إلى إرادة البشر المتعاقدين.

فالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري: لا يتحقق إلا بالتسليم أي بالتخلية بين المبيع والمشتري بحيث يتمكن من قبضه، فما لم يتمكن المشتري من قبض المبيع بالتخلية أو قبضه بالفعل، لا يبرأ البائع من التزامه المذكور، ولا يعتبر أنه قد نفذ التزامه. وبالتسليم ينتقل الضمان من البائع إلى المشتري.

فإذا هلك المبيع قبل التسليم بأي سبب كان أو غصب من البائع: انفسخ البيع وسقط الثمن، وتحمل البائع تبعة هلاك المبيع، إلا أنه إذا كان سبب الهلاك هو فعل شخص أجنبي، لا ينفسخ البيع حكماً، وإنما يخير المشتري بين فسخ البيع، أو إمضائه ومطالبة الأجنبي المتعدي بالضمان، على التفصيل المذكور سابقاً(١).

وإذا هلك المبيع بعد التسليم، لا ينفسخ البيع، ويتحمل المشتري تبعة هلاكه.

وقد اتفق القانون والفقه الإسلامي على أن هلاك المبيع قبل التسليم موجب لفسخ العقد، والنص القانوني هو: «إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع، واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسليم المبيع»(٢).

ويقابل التزام البائع بتسليم المبيع التزام المشتري بتسليم الثمن، فإذا هلك الثمن قبل القبض من البائع، وكان عيناً مثلياً: لا ينفسخ البيع، لأنه يمكن تسليم مثله، بخلاف المبيع لأن للمشتري غرضاً معيناً فيه. وأما إذا هلك الثمن وليس له مثل في الحال في الأسواق، فقال أبو حنيفة: ينفسخ العقد، وقال الصاحبان: لا ينفسخ وإنما يخير البائع بين فسخ البيع، أو أخذ قيمة الشيء التالف.

والتزام البائع بضمان سلامة المبيع أو ضمان الدَّرَك بتعبير الفقهاء: هو التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه من حق لغير البائع في عينه أو مما قد يظهر فيه من عيب موجب للضمان والرد على صاحبه. والقسم الأول هو المعروف قانوناً وفقهاً بضمان الاستحقاق، والثاني هو ضمان العيب.

---

(١) انظر ص٧٧٢ من هذا المجلد، وراجع المبسوط: ١٣/ ٩، البدائع: ٥/ ٢٣٨، الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ٤٤.

(٢) المادة ٤٣٧ مدني مصري م٤٠٥ مدني سوري.

فإذا ظهر في المبيع ما يناقض هذا الالتزام، كان البائع ضامناً له، وعلى ذلك إذا استحق المبيع كله أو بعضه بأن ظهر أنه مملوك لغير بائعه أو أنه مال موقوف أو مسروق، كان البائع مسؤولاً عن ذلك، ويتحمل هو تبعة الضمان، والضمان يكون هنا بفسخ البيع ورد الثمن على المشتري، إذا رجع المشتري على البائع مطالباً بالثمن، وعندئذ ينفسخ العقد، لا أنه ينفسخ بنفسه بمجرد الاستحقاق، وإنما يتوقف على إجازة المستحق، وهذا هو الصحيح في مذهب الحنفية[١]. ولا نجد عند فقهائنا تصريحاً بالتعويض عن الخسارة التي قد تلحق المشتري بسبب الاستحقاق ونحوه، وإنما يتحمل هو الغرم كما يكون له الغلة والغنم[٢]. وهذا مخالف لما عليه القانون المدني الذي يجيز للقاضي الحكم للمشتري بما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع[٣].

وإذا وجد في المبيع عيب قديم عند البائع سواء أكان موجوداً قبل انعقاد البيع أم بعده قبل التسليم كالمرض والكسر والتخرق والتعفن والحموضة فيما هو حلو عادة، كان البائع مسؤولاً عن ذلك، فيخير المشتري بين أمرين: إمّا أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى صاحبه ويسترد الثمن، أو أن يمضي العقد ويدفع كل الثمن. وذلك بشروط منها: إثبات وجود العيب عند البائع، وجهل المشتري بوجود العيب عند العقد والتسليم، وعدم تبرؤ البائع منه[٤].

وليس للمشتري الحق في إبقاء المبيع عنده والرجوع على البائع بنقصان العيب إلا برضا البائع وإرادته.

وقد اتفق الفقه والقانون على ضرورة ضمان البائع عدم التعرض، وسلامة المبيع من كل عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه[٥].

---

(١) درر الحكام: ٢/١٨٩ وحاشية الشرنبلالي عليه.
(٢) انظر مجمع الضمانات: ص٢٣٥، ٢٤١، القوانين الفقهية: ص٣٣٤.
(٣) انظر المادة ٤٤٣ مدني مصري، ٤١١ مدني سوري.
(٤) انظر البدائع: ٥/ ٢٧٥، فتح القدير: ٥/١٥٣، كتابنا الفقه الإسلامي: ١/ ٢٩٢.
(٥) انظر المادتين ٤٣٩، ٤٤٧ مدني مصري، ٤٠٧، ٤١٥ مدني سوري.

ب- الضمان في عقد الإيجار:

إذا كانت الإجارة إجارة أشياء فهي كعقد البيع، يلتزم بها المؤجر بتسليم المأجور إلى المستأجر[١]، كما يلتزم أيضاً بضمان التعرض والعيب، وكلاهما التزام بتحقيق غاية، وعلى المستأجر مقابل ذلك وهو دفع الأجرة، والمحافظة على العين المؤجرة، وهو التزام ببذل عناية.

وإذا كانت الإجارة إجارة أشخاص، يلتزم المؤجر بدفع الأجرة عند إنجاز العمل، أو بعد التسليم، ويلتزم المستأجر بالقيام بعمل معين، فهو ملتزم بتحقيق غاية معينة.

ففي إجارة الأشياء: يلتزم المؤجر بتسليم المأجور إلى المستأجر، فإذا لم يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة من المأجور، وذلك بالتسليم أي بالتخلية بينه وبين المأجور، لا يعتبر المؤجر قد نفذ التزامه، ولا يلزم المستأجر بالتالي بالأجرة.

وعلى هذا إذا استحال على المؤجر تنفيذ التزامه المذكور بقوة قاهرة كأن هلكت العين المؤجرة قبل التسليم، انتهت الإجارة ولم تجب الأجرة على المستأجر، لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه.

وإذا طرأت الاستحالة أثناء الانتفاع، سقط التزام الأجرة عن المدة المتبقية، ولزم المستأجر أجرة المدة السابقة لحدوث الاستحالة، كأن ينقطع ماء الحمام أو ماء الرحى، وتتعطل، فيسقط الأجر اعتباراً من وقت انقطاع الماء. وإن كان الانقطاع لمدة مؤقتة سقط من الأجر ما يقابل تلك المدة. ومثل ذلك أيضاً: «لو استأجر شخص حماماً في قرية ففزعوا ورحلوا، سقط الأجر عنه، وإن نفر بعض الناس، لا يسقط الأجر» «ولو انهدم بعض الدار يسقط من الأجر في رأي الحنفية بمقدار المنهدم. وقال ابن الشِّحنة: ظاهر الرواية أنه لا يسقط من الأجر شيء بانهدام بيت من الدار أو حائط»[٢].

---

(١) أما الالتزام بنقل المنفعة فيحدث بمجرد العقد أي بالإيجاب والقبول، دون توقف على إرادة العاقد، وتحقيق هذا الأثر منوط بإرادة الشرع، فالعقود جَعْلية شرعية.

(٢) الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٣٠، ٥٣ وما بعدها، ط البابي الحلبي، البدائع: ٤/ ١٩٧.

ولو انهدم أحد شيئين تم استئجارهما معاً بصفقة واحدة كدارين مثلاً سقط من الأجر ما يقابل الجزء الهالك.

وكذا لو غصب بيت من الدار أو امتنع المؤجر من تسليم بيت منها، لم يلزم بأجر البيت[١].

ويلتزم المؤجر أيضاً في إجارة الأشياء بضمان التعرض وبضمان العيب، فلو تعرض شخص للمستأجر، فحال بينه وبين الانتفاع بالمأجور، كان المؤجر ضامناً بمعنى أن المستأجر تسقط عنه الأجرة. مثلاً: لو غصب غاصب الدار المأجورة، وعجز المستأجر عن إزالة يد الغاصب، ولم يقصر في ذلك، فلا أجر عليه بعد حدوث الغصب لعجزه عن الانتفاع بالشيء المأجور، ويكون ذلك مثل خراب الدار وانقطاع ماء الرحى ونحوهما. أما قبل الغصب فعليه أجرة المدة التي انتفع فيها[٢].

ولو حدث في العين المؤجرة عيب يخل بالانتفاع بها[٣]، بأن استحال أو تعذر استيفاء المنفعة كلياً بسبب فواتها أصلاً أو حدث إخلال بها، كان المؤجر ضامناً لهذا العيب الطارئ، بمعنى أن المستأجر يكون بالخيار بين فسخ العقد، أو الإبقاء عليه باستيفاء المنفعة مع العيب، وإعطاء الأجرة كاملة (انظر م٥١٦ مجلة) مثلاً: لو حدث بالدابة المؤجرة مرض، أو طرأ عطل على سيارة مأجورة، أو انهدمت الدار كلها، أو انقطع ماء الرحى (الطاحون) أو ماء الأرض المأجورة، ثبت للمستأجر حق فسخ العقد، لأن المعقود عليه قد زال في الوقت الحاضر، ولم يمكن الانتفاع به على الوجه المعتاد.

ويلتزم المستأجر أيضاً في إجارة الأشياء بالمحافظة على العين المؤجرة وهو التزام ببذل عناية كما أشرنا، والمقصود هو العناية التي يبذلها الرجل المعتاد، فإذا

---

(١) البدائع: ١٩٦/٤ وما بعدها، رد المحتار: ٥٤/٥.
(٢) رد المحتار والدر المختار: ٥٣/٥ وما بعدها، البدائع: ١٩٦/٤.
(٣) العيب الذي يخل بالانتفاع: هو ما يستحيل معه استيفاء المنفعة (أي يفوت كلياً على المستأجر المنفعة المقصودة من الشيء المأجور) كانهدام الدار وانقطاع ماء الرحى، أو يخل بالانتفاع على وجه صحيح كهبوط سطح الدار (راجع المادة ٥١٤ مجلة).

قصر في ذلك اعتبر متعدياً يستوجب فعله الضمان، إذ من المعلوم سابقاً أن العين المؤجرة أمانة في يد المستأجر باتفاق العلماء، والتقصير بالحفظ يجعل المستأجر وهو المدين هنا مسؤولاً عن فعله، فإذا استعمل المأجور استعمالاً غير مألوف أو غير مشروط أو تعسفاً، كان متعدياً ضامناً لهلاك الشيء مثل أن يستخدم دار السكنى مصنعاً أو يزيد في الحمولة، أو يمتنع عن رد المأجور بعد انتهاء الإجارة، فيتلف، فيضمنه.

وهنا ينبغي أن يلاحظ أن القانون المدني السوري وأصله المصري قد خالف الفقه الإسلامي في تعيين مقدار العناية الواجب بذلها على المستأجر أو المستعير، فهي قانوناً عناية الرجل المعتاد، وفقهاً يحفظ الشيء كما يحفظ مال نفسه بحسب كونه حريصاً أو متوسطاً أو مهملاً. لكن اتفق القانون والفقه في جعل هلاك العين المؤجرة على المستأجر في غير حالة الاستعمال المألوف، وعلى هذا تنص المادة الآتية[1]:

(١) يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد.

(٢) وهو مسؤول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً.

وفي إجارة الأشخاص: يلتزم الأجير بالقيام بعمل معين، وهو التزام بتحقيق غاية في الغالب، والتزام ببذل عناية أحياناً.

فإذا كان للأجير المشترك أثر ظاهر في العين التي سلمت إليه كالخياط والصباغ والقصار، والنساج والنجار والطحان، والوراق ونحوهم، كان التزامه بتحقيق غاية وهو إنجاز العمل، فإذا هلكت العين في يد الأجير، قبل التسليم لصاحبها، سقط الأجر، وكان الأجير هو المتحمل تبعة الضمان، كما ذكرنا سابقاً، إلا إذا كان سبب الهلاك أجنبياً ذا قوة قاهرة أي لا يمكن الاحتراز منه.

وإذا لم يكن لعمل الأجير أثر ظاهر في العين كالحمال والملاح، كان التزامه

---

(١) م٥٨٣ مصري، ٥٥١ سوري.

أيضاً بتحقيق غاية وهو تسليم العين لصاحبها، فإن هلكت كان ضامناً، كما ذكرنا سابقاً[(١)].

وإذا كان عمل الأجير المشترك غير مضمون النتيجة، وإنما يلتزم فقط بقدر من العناية اللازمة كالطبيب والجراح والفصاد والختان ونحوهم وكل أجير خاص، كان التزامه ببذل عناية لا بتحقيق غاية، فإذا كان هؤلاء يقومون بعملهم على الوجه المعتاد، ثم سرى أثر العمل إلى التلف فلا ضمان عليهم، لأنه ليس في وسعهم الاحتراز من ذلك[(٢)]، وقد قدمنا أن ما لا يمكن الاحتراز منه لا يكون مضموناً. وبهذا يظهر أن مسؤولية الأطباء والجراحين والصيادلة والمهندسين والمحامين والقضاة ونحوهم من أرباب المهن الفنية هي مسؤولية عقدية. قال ابن رشد: فأجمع العلماء على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية[(٣)] وقال ﷺ: «من تطبب وهو لا يُعلم منه طب، فهو ضامن»[(٤)] وقال أيضاً: «أيما طبيب تطبب على قوم، لا يعرف له طب قبل ذلك، فأعْنَت، فهو ضامن»[(٥)].

وقال العلامة خليل صاحب المتن المشهور عند المالكية، وشارحه الدردير[(٦)]: إذا جهل الطبيب علم الطب في الواقع، أو علم وقصر في المعالجة حتى مات المريض بسبب ذلك فإنه يضمن، وكذا يضمن إذا داوى المريض بلا إذن صادر منه، أو بإذن غير معتبر شرعاً كأن داوى صبياً بإذنه.

---

(١) البدائع: ٤/ ٢٠٤ وما بعدها.

(٢) المبسوط: ٥/ ١٠٤، تبيين الحقائق: ٥/ ١٣٧، تكملة فتح القدير: ٧/ ٢٠٦، رد المحتار والدر المختار: ٥/ ٤٧، مجمع الضمانات: ص٤٧.

(٣) بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٩.

(٤) أخرجه أبو داوود والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٥) أخرجه أبو داوود عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز (جامع الأصول: ١١/ ١٤) والمراد بقوله «تطبب» أي طبّ إنساناً وليس بطبيب فآذاه. وقوله «أعنت» من العنت: وهو الوقوع في أمر شاق.

(٦) راجع الشرح الكبير: ٤/ ٣٥٥.

جـ- الضمان في عقد الإيداع:

على الوديع حفظ الوديعة للمالك، لأن الإيداع من جانب المالك استحفاظ وائتمان، ومن جانب الوديع التزام بالحفظ، فيلزمه الحفظ حتى ترد الوديعة لصاحبها، لقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»، وهذا التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية، والعناية المطلوبة: هي العناية التي يبذلها الشخص في حفظ ماله، فيحفظ الوديع الوديعة كما يحفظ ماله عادة في حرز المثل، وذلك بيده أو بيد من هو في عياله ممن تلزمه نفقته كالزوجة والولد والخادم الخاص. فإذا أخل بواجبه في الحفظ، كان متعدياً ضامناً لهلاك الوديعة كما في الحالات الآتية[1]:

ترك الحفظ، إيداع الوديعة عند غيره ممن لا يودع ماله عنده عادة بلا إذن من المالك وبغير عذر، استعمال الوديعة كاللبس والركوب، مخالفة شرط المودع في الحفظ إذا كان شرطاً مفيداً، السفر بالوديعة في طريق غير آمن، جحود الوديعة وحبسها عنده بعد طلب المالك لها، خلط الوديعة مع غيرها خلطاً لا يمكن التمييز بينهما.

ويشترط شرعاً أن يحفظ الوديع الوديعة بنفس الأهمية والكيفية التي يحفظ بها ماله.

وقد خالف القانون المدني ما عليه الفقه الإسلامي في تحديد نوع العناية الواجب بذلها لحفظ الوديعة، وذلك في المادة الآتية[2]:

١- إذا كانت الوديعة بغير أجر، وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أَزْيَدْ من عناية الرجل المعتاد.

٢- أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد. أما الفقه فيقرر وجوب الحفظ على النحو الذي يحفظ به الوديع ماله.

---

(١) المبسوط: ١١/١١٣، تكملة فتح القدير: ٧/٩١، البدائع: ٧/٢١١ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص٦٨.

(٢) انظر المادة ٢٧٠ مدني مصري، ٦٨٦ مدني سوري، وانظر المادتين التاليتين بعدها.

د- الضمان في عقد الإعارة:

على المستعير المحافظة على الشيء المعار، وذلك ببذل قدر من العناية التي يبذلها الرجل في حفظ ماله، والالتزام هنا التزام ببذل عناية كما في عقد الإيداع، فإذا قصر المستعير بواجبه أو تعدّى على العين المعارة، فهلكت، كان ضامناً المثل أو القيمة، كما في الحالات الآتية[1]:

ترك الحفظ، التضييع والإتلاف، إيجار العارية أو استعمالها استعمالاً غير مشروط أو غير مألوف، المخالفة في كيفية الحفظ كأمر المالك ألا يغفل عنها، ففعل، ونحو ذلك مما ذكرناه في الإيداع.

والفقه الإسلامي والقانون المدني متفقان على ذلك، كما يبدو من المادة التالية[2]:

١- «على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد» لكن الفقه يكتفي ببذل العناية التي يحفظ بها ماله.

٢- «وفي كل حال يكون ضامناً لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له، أو الشيء المعار، فاختار أن ينقذ ما يملكه».

هـ- الضمان في عقد الرهن:

يلتزم المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة بعد قبضها، وذلك بالعناية التي تكون من الشخص المعتاد بأن يحفظ المرهون بنفسه أو زوجته، أو ولده أو خادمه، كما في حال الإيداع، والالتزام هنا أيضاً التزام ببذل عناية ما دام الدين لم يدفع إلى الدائن المرتهن.

---

(١) البدائع: ٦/٢١٨ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص٥٥.

(٢) انظر المادة ٦٤١ مدني مصري، ٦٠٧ مدني سوري.

فإذا أخل المرتهن بواجبه في الحفظ كان عند الحنفية ضامناً من المرهون بهلاكه بما يقابل مقدار الدين: فإن كان الهلاك بتعد أو تقصير، ضمن المتعدي الرهن سواء أكان مرتهناً أم راهناً أم أجنبياً. وإن كان الهلاك بغير تعد ولا تقصير ولا إهمال من المرتهن في الحفظ، سقط من الدين عند الحنفية بمقدار قيمة الرهن، لأن يد المرتهن عندهم هي يد ضمان بقدر الدين أي بقدر مصلحته، كما ذكرنا سابقاً وبينا الآراء الفقهية المخالفة في يد المرتهن أهي يد أمانة أم يد ضمان[١]. وقد اقترب القانون المدني من مذهب الحنفية في الأصل العام ليد الدائن المرتهن، فنص على ذلك بما يأتي[٢]: «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك لسبب أجنبي لا يد له فيه».

وعلى هذا لا يصح للمرتهن إعارة المرهون، فإن أعاره فهلك في يد المستعير، ضمن، سواء هلك في حالة الاستعمال أو في غيرها. وليس للمرتهن أن يتصرف ببيع أو إجارة، كما أنه ليس له أن ينتفع به لا بالاستخدام ولا بالسكنى ولا باللبس إلا أن يأذن له المالك الراهن، فإن فعل، كان متعدياً ضامناً إذا هلك المرهون حينئذ.

و- الضمان في عقد الوكالة:

على الوكيل أن يقوم بواجبه الموكل فيه، وأن يبذل فيه من العناية التي يبذلها الرجل المعتاد، فإذا قصر في ذلك كان متعدياً ضامناً. وهذا موافق لما عليه القانون المدني، ونص المادة في ذلك مشابه للنص السابق المذكور في عقد الإيداع[٣]. وعلى هذا يعرف حكم تصرفات وأحوال الوكلاء فيما يأتي[٤]:

---

(١) البدائع: ٦/ ١٥٤ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص١٠٨ وما بعدها.

(٢) انظر المادة ١١٠٣ مدني مصري، والمادة ١١٠٢ منه.

(٣) انظر المادة ٧٠٤ مدني مصري، ٦٧٠ مدني سوري.

(٤) البدائع: ٦/ ٢٣ وما بعدها، المبسوط: ١٩/ ٤ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٦/ ١٠ وما بعدها، الدر المختار: ٤/ ٤٣٠ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص٢٤٥ وما بعدها.

ففي الوكالة بالخصومة (أي المحاماة في عرفنا اليوم): يلتزم الوكيل بالمرافعة أمام القضاة، وحضور جلسات المحاكم حسب الإجراءات المتبعة، فإن قصر بواجبه كان مسؤولاً. ويملك الإقرار على موكله عند جمهور الحنفية خلافاً لزفر وبقية المذاهب، ولا يجوز له قبض المال المقضي به على الرأي المفتى به عند الحنفية: (وهو قول زفر) لظهور الخيانة في الوكلاء وهو أيضاً قول الشافعية والحنابلة، لأن ذلك غير مأذون به.

وفي الوكالة بتقاضي الدين: لا يملك الوكيل بالتقاضي قبض الدين عرفاً، وهو المفتى به عند الحنفية، وإلا اعتبر مسؤولاً.

وفي الوكالة بقبض الدين: يعتبر المقبوض أمانة بيد الوكيل كالوديعة باتفاق الفقهاء، فإذا هلك عنده بغير تعد ولا تقصير يبرأ من الضمان، وإن وجد تعد أو تقصير، كان ضامناً للقيمة.

وفي الوكالة بالبيع: للوكيل إذا كان مطلق التصرف أن يبيع بأي ثمن كان، قليلاً أو كثيراً، نقداً أو مؤجلاً وإن كان بغبن فاحش، لأن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه، ولا يجوز تقييده إلا بدليل كتهمة ونحوها.

وهذا رأي أبي حنيفة، وقال صاحباه وجمهور الفقهاء: لا يجوز للوكيل أن يبيع بأقل من ثمن المثل أو بثمن مؤجل، وله البيع بثمن معجل بنقصان يتغابن الناس فيه عادة، ولا يجوز فيما لا يتغابن الناس فيه، لأن الوكيل ممنوع من الإضرار بالموكل، مأمور بالنصح له. فإن أخل بواجبه كان مسؤولاً، كما أنه يكون مسؤولاً في البيع لنفسه أو لزوجته أو لأحد من أصوله أو فروعه، وذلك بجعل البيع متوقفاً على إجارة الموكل.

وفي الوكالة بالشراء: للوكيل المطلق التصرف أن يشتري بأي ثمن عند أبي حنيفة.

وقال الصاحبان وجمهور الفقهاء: للوكيل بالشراء أن يشتري بزيادة يتغابن الناس في مثلها عادة، ولا يجوز له الشراء بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس فيه إلا بإذن الموكل، لأنه مأمور بالنصح للموكل، منهي عن الإضرار بمصالحه، وفي الزيادة عن ثمن المثل إضرار يستوجب المسؤولية وذلك بجعل الشراء للوكيل.

مقارنة:

يقرر القانونيون أنه إذا لم يمكن تنفيذ الالتزام العقدي تنفيذاً عينياً، يحكم القاضي على المدين بالتعويض، وحينئذ تقوم المسؤولية العقدية، ويعتبر عدم تنفيذ المدين التزامه الناشئ من العقد هو الخطأ العقدي ويتحقق هذا الخطأ سواء أكان عدم تنفيذ الالتزام ناشئاً عن عمد أو عن إهمال، أو بسبب أجنبي كالقوة القاهرة. والالتزام نوعان: التزام بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام، والتزام ببذل عناية. والعناية المطلوبة كأصل عام هي عناية الشخص المعتاد، والخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية هو عدم تحقيق هذه الغاية أياً كان السبب ولو قوة قاهرة، أما في الالتزام ببذل عناية فيكون الخطأ العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة.

وفي ذلك يتفق الفقه والقانون، لكن يلاحظ أن الفقه الإسلامي لا يقرر مسؤولية المدين عن السبب الأجنبي إلا إذا كان العقد عقد ضمان كعقد الإعارة عند الحنابلة والرهن عند الحنفية، أما إذا كان من عقود الأمانة فلا يسأل المدين عن السبب الأجنبي، وإنما يسأل عن فعله الشخصي الصادر عنه عمداً أو إهمالاً. وأما القانونيون فيمنعون المسؤولية عن السبب الأجنبي لعدم توافر أحد أركان المسؤولية العقدية: وهو علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ويجوِّز القانونيون الاتفاق على جعل المدين مسؤولاً عن السبب الأجنبي، أما الفقهاء المسلمون فلا يجيزون الاتفاق على جعل مسؤولية الأجير المشترك مثلاً عما لا يمكنه الاحتراز منه[1]، بل إنهم لا يجيزون تغيير طبيعة العقد بالاتفاق على تعديل المسؤولية، فلو شرط على الأمين كالوديع أو المستأجر الضمان، بطل الشرط لمنافاته مقتضى العقد الذي يعتبر من عقود الأمانات.

وإذا كانت العناية المطلوبة في الالتزام ببذل عناية هي قانوناً كأصل عام عناية الرجل المعتاد وشرعاً العناية التي يحفظ بها ماله، فلا مانع فقهاً وقانوناً من اتفاق المتعاقدين على عناية تزيد أو تنقص عن عناية الرجل المعتاد، ففي حالة الأجير

---

(١) مجمع الضمانات: ص٢٧، مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ١٦٢.

الخاص يكتفى بمطلق الحفظ، ولا يضمن ما هلك في يده أو بعمله إلا إذا تعمد الإتلاف كما عرفناه سابقاً، وهذا أقل من عناية الرجل المعتاد. والأجير المشترك كالأجير الخاص عند أبي حنيفة يده يد أمانة، لكن في رأي الصاحبين وفقهاء المالكية يده يد ضمان، ومعنى ذلك أنه يتطلب عناية تفوق العناية المعتادة، فلا تنتفي مسؤوليته مطلقاً إلا إذا كان الهلاك بسبب أجنبي لا يمكن الاحتراز منه كقوة قاهرة من حريق غالب أو غرق غالب، أو عدو مكابر.

والعناية المطلوبة في فقهنا في حفظ الودائع والأموال المعارة هي كما عرفنا عناية الرجل في حفظ ماله.

ويجوز قانوناً الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية أصلاً إلا إذا ثبت في جانب المدين غش أو خطأ جسيم[1]. أما الفقه الإسلامي فلا يجيز مثل هذا الاتفاق على إطلاقه وإنما يجوز في بعض الحالات كاشتراط البائع على المشتري البراءة من كل عيب، فإن هذا الشرط صحيح مطلقاً عند الحنفية، ومقيد عند المالكية بالعيوب التي لا يعلمها البائع، وعند الشافعية بالعيوب الباطنة في الحيوان خاصة، وعند جماعة من الحنابلة: لا يصح هذا الشرط.

---

(١) مصادر الحق: ٦/ ١٢٦.

الفصل الثاني

أهم حالات الضمان
في المسؤولية التقصيرية

ذكرنا أن المسؤولية التقصيرية قانوناً تنشأ عند مخالفة التزام قانوني كالغصب والإتلاف، إذ إن الإنسان يلتزم قانوناً بعدم الإضرار بالآخرين، وأما شرعاً فهي تنشأ أيضاً بسبب مخالفة التزام شرعي وهو مبدأ احترام حقوق الغير.

وإن أهم الحالات التي يثار بشأنها موضوع الضمان إما أن يكون الفعل فيها صادراً عن الشخص المتعدي أو المخطئ نفسه، أو عن أشخاص خاضعين لرقابته أو تابعين له، أو عن شيء أو حيوان مملوك له.

أولاً- ضمان الفعل الشخصي:

أبرز الإسلام مبدأ المسؤولية الشخصية أو الفردية عن كل عمل يصدر عن الإنسان: إن خيراً فخير، وإن شراً فشر، وفي هذا تكريم للإنسان وإشعار له بأهمية وجوده وخطورة أعماله. والمسؤولية في الإسلام ذات شقين: مسؤولية نظامية في الحياة الدنيا، ومسؤولية أخروية في عالم الآخرة، وهذه مؤجلة إلى يوم الحساب لحكمة عميقة، هي ترك المجال للإنسان ليصلح نفسه بنفسه تخوفاً من العذاب الأليم، ولمراقبة الله في كل حال.

وأما المسؤولية الأولى: فلا بد منها لإصلاح نظام الحياة، وإقرار الأمن

والطمأنينة ومنع الظلم والعدوان. وبما أنه من الصعوبة بمكان مراقبة تصرف كل إنسان، فقد قرر التشريع الإسلامي أن كل واحد مسؤول عن عمله وخطئه الشخصي، وعليه وحده يقع عبء هذه المسؤولية وتحمل آثارها ونتائجها، حتى تتهيأ عنده الخشية من العقاب قبل الإقدام على أي فعل من الأفعال، فلا يسأل شخص عن آخر، ولا يتحمل امرؤ تبعة شخص آخر، حتى ولو كان أقرب الناس له، ما دام كبيراً راشداً، قال تعالى: ﴿كُلُّ ٱمْرِيٍٕ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٥٢/٢١]. ﴿لِكُلِّ ٱمْرِيٍٕ مِّنْهُم مَّا ٱكْتَسَبَ مِنَ ٱلْإِثْمِ﴾ [النور: ٢٤/١١] ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَىْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰٓ﴾ [فاطر: ٣٥/١٨][١]. (أي وإن تدع نفس متحملة بالأوزار شخصاً آخر) ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة: ٢/٢٨٦] ﴿قُل لَّا تُسْـَٔلُونَ عَمَّآ أَجْرَمْنَا وَلَا نُسْـَٔلُ عَمَّا تَعْمَلُونَ ﴿٢٥﴾﴾ [سبأ: ٣٤/٢٥].

وبذلك تقرر هذه الآيات مبدأ تحمل التبعة الفردية، فكل فرد يسأل عن عمله، لا عن عمل غيره، وكل إنسان يتحمل تبعات أعماله، ولا يتحملها عنه غيره.

وعلى هذا فمن تعدى على مال غيره، فأتلفه أو عطل منفعته أو أحدث فيه خللاً أو نقصاً، وجب عليه ضمانه والتعويض عن الضرر الذي ألحقه بغيره. وتفصيل الكلام على الأعمال الشخصية قد سبق ذكره في بحث أركان المسؤولية.

ولكن يلاحظ أنه وإن كان الأصل العام في الشريعة وفي القانون هو مبدأ المسؤولية الفردية، فلا يعني ذلك عدم وجود استثناءات في الظاهر يقتضيها العدل[٢]، وضرورة الحفاظ على حقوق الآخرين، وهذه الاستثناءات محدودة في أحوال معينة، وهي في الحقيقة ناشئة عن تقصير في حفظ المباشر للخطأ، وتفريط في مراقبته، وإهمال للشيء المتسبب في الضرر. وهذا ما يعبر عنه القانونيون بالمسؤولية القائمة على خطأ مفترض وهي تشمل المسؤولية عن عمل الغير كالقصر، ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع كالعمال والخدم والموظفين، والمسؤولية الناشئة عن الأشياء كحارس البناء أو الحيوان، ونحو ذلك مما سنبحثه فيما يأتي.

---

(١) وقد تكرر ذكر آية ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ عدة مرات في القرآن الكريم.
(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود للمحمصاني: ١/٢١٩ وما بعدها.

ثانياً - ضمان فعل الغير:

قرر القانونيون مسؤولية الأولياء والأوصياء عن عمل الغير، إذا كان في حاجة إلى الرقابة. والغير هنا: هو الذي يرتكب العمل غير المشروع، فيشمل القاصر والمجنون والمعتوه والمغفل والمريض كالأعمى والمشلول والمقعد.

وذلك بإلزامهم التعويض عن الضرر المدني على أساس افتراض الخطأ في المسؤول بإهماله في الرقابة لأعمال هؤلاء[١]. وهذا ما نص عليه القانون المدني في مصر وسورية[٢] استثناء من المبدأ العام في المسؤولية عن الأعمال الشخصية الذي نصت عليه المادة الآتية: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض»[٣].

أما الفقهاء المسلمون فقد قرروا مسؤولية القصر والمجانين ونحوهم عن كل فعل يصدر عنهم، وذلك من أموالهم الخاصة الحاضرة أو المستقبلة التي تتكون لديهم بعد الرشد، مما يدل على اتجاههم في التضمين نحو النزعة الموضوعية المادية. ومن عبائرهم في هذا المضمار: «الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله، فيضمن ما أتلفه من المال»[٤] «إن تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس، إنما يختلف باختلاف البلاد والأزمان»[٥].

وهذا ما قرره أيضاً علماء أصول الفقه، فإنهم قالوا: لا تصح إقرارات الصغير

---

(١) الوسيط للسنهوري: ١/ ٩٩٢ وما بعدها، موجز النظرية العامة للالتزام للدكتور حجازي: ١/ ٥١٢ وما بعدها.

(٢) تنص المادة ١٧٣ مصري، ١٧٤ سوري على ما يأتي: «(١) كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره، أو بسبب حالته العقلية، أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز. (٢) ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة... إلخ».

(٣) انظر المادة ١٦٣ مصري، ١٦٤ سوري.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٧٨، وراجع أيضاً درر الحكام: ٢/ ٢٧٣ .

(٥) الفروق للقرافي: ٤/ ٣١.

وعقوده، وإن أجازها الولي، لكن يؤاخذ بضمان الأفعال الجنائية في إتلاف الأموال[١].

وعليه فإن هؤلاء القصر وأمثالهم يضمنون الأضرار الناجمة عن أفعالهم، سواء أكان الصبي مميزاً أم غير مميز، ونصت المجلة على ذلك: «إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه» (م٩١٦ مجلة) «..يلزم الضمان على الصبي إذا أتلف مال الغير، وإن كان غير مميز» (م٩٦٠). ولا يسأل الأولياء والأوصياء عن فعل غيرهم إلا إذا صدر منهم ما يوجب الضمان، كالتقصير في الحفظ عمداً أو الإغراء بالإتلاف أو التسليط على الضرر، أو الأمر به ونحو ذلك، على أساس قاعدة التسبب والمباشرة في الأعمال السابق ذكرها. ويمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض لولي الصغير إذا أثبت تقصيره في الحفظ ما دام غير المميز لا يستطيع حفظ نفسه. وبه يتبين أن الفقه الإسلامي لا يأخذ بمبدأ المسؤولية عن فعل الغير، لأن المبدأ العام في الشريعة هو المسؤولية الشخصية، إلا أنه مراعاة لمبدأ العدالة ودفعاً للضرر عن المتضرر، فإن المتسبب في إحداث الضرر يسأل عن فعله.

وقرر القانونيون أيضاً مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع إذا وجدت رابطة التبعية: وهي أن يكون لشخص على آخر سلطة فعلية تخوله الحق في رقابته وفي توجيهه، مثل العامل والخادم والطاهي والسائق والمستخدم والموظف ونحوهم من الأشخاص الذين يخضعون لرقابة وتوجيه غيرهم لهم، ونص القانون المدني في المادة ١٧٤ مصري، ١٧٥ سوري على ذلك. وهذه هي المسؤولية عن عمل الغير في أصدق صورها، وهي تكوّن استثناء خطيراً على القواعد العامة في المسؤولية.

والفرق بين المسؤولية عن عمل الغير ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه هو أن للمسؤول في الحالة الأولى نصيباً في إحداث الضرر الذي أصاب الغير من جراء العمل الضار، وأما في الحالة الثانية فليس للمسؤول نصيب في إحداث الضرر،

(١) مرآة الأصول: ٢/ ٤٤٠، كشف الأسرار على أصول البزدوي: ٤/ ١٣٨٣، التقرير والتحبير: ٢/ ١٧٢ وما بعدها، التلويح والتوضيح: ٢/ ١٦٧ وما بعدها.

والخطأ فيها هو خطأ التابع وليس الخطأ المفترض للمتبوع، لكن القانون أراد هذه المسؤولية، ولم يجز للمتبوع التخلص منها باعتبارها كفيلاً للتابع[١].

اعتداء العبد المحجور على نفس آدمية: عبد أو أمة، فإن السيد مولى العبد يطالب بضمان فعل تابعه وهو العبد ويلزمه بدفع مثيل المجني عليه أو قيمته[٢]. كذلك بحث الفقهاء المسلمون هذا النوع من المسؤولية في حكم أعمال «**تلميذ الأجير المشترك**»[٣] فقالوا[٤]:

- إذا تلف الشيء المأجور بيد تلميذ «صانع» الأجير كالنجار والحداد والقصار ونحوهم، فلا ضمان عليه، وإنما الضمان على معلمه، لأنه هو المسؤول أصالة عن أمتعة الناس، فكأنه فعل الضرر بنفسه، لأن التلميذ نائبه. ومن هنا يعتبر أساس هذه المسؤولية شرعاً هو جعل خطأ التلميذ خطأ الأستاذ، لأنه هو الضامن أو الكفيل، كما هو رأي فقهاء القانون.

- لكن إذا وطئ التلميذ ثوباً في مهنة القصارة (أي المصبغة في عرفنا الحاضر) فخرقه، يضمن التلميذ فعل نفسه، لأن وطء الثوب غير مأذون فيه.

- ولو وقع من يد التلميذ سراج، فأحرق ثوباً من القصارة، فالضمان على الأستاذ (المعلم)، لا على التلميذ، لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه، فيكون المعلم هو المسؤول، كأنه فعل ذلك بنفسه.

وكذلك لو وقعت مدقة القصار من يد التلميذ على ثوب فخرقته، فالضمان على المعلم، لأن هذا من عمل القصار، فينسب الفعل إليه.

---

(١) الوسيط للسنهوري: ١/ ١٠١٤ وما بعدها، ١٠٤٠ وما بعدها ط ١٩٥٢، موجز نظرية الالتزام لحجازي: ١/ ٥٢٠-٥٢٩ ط١٩٥٥. ويرى بعضهم أن مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع تقوم على أساس نظرية تحمل التبعة (راجع نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية للدكتور حسن الخطيب: ص٢٠٤-٢٠٦).

(٢) البدائع: ٦/ ٢٠٧.

(٣) مجمع الضمانات: ص٤٣- ٤٥، أشباه ابن نجيم: ص١٧٠، المغني: ٧ / ٨٣١، الخرشي: ٨/ ١٠.

(٤) راجع المبسوط للسرخسي: ١٦ص ١١ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص٤٣ وما بعدها.

فإن كان الثوب الذي وقعت المدقة عليه وديعة فخرقته، فالضمان على التلميذ، لأن المعلم يسأل عن عمل التلميذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه، وذلك فيما يتعلق بشؤون الصنعة فقط.

يتلخص من تعليلات فقهاء الحنفية السابق ذكرها: أن المتبوع يسأل عن عمل تابعه إذا كان هناك عقد إجارة بينهما، وكان الضرر الواقع من التلميذ في حدود العمل الذي يشتركان في إنجازه آلة ومحلاً وكيفية بحسب العرف الشائع، أو كان مأموراً به من الأستاذ صراحة أو ضمناً، فإن لم يتحقق هذان الشرطان فلا ضمان على الأستاذ[١].

ثالثاً - ضمان الأشياء:

الأشياء التي قد ينشأ عنها مسؤولية هي إما الحيوان أو البناء أو الآلات. والقانون المدني نص في مواد ثلاث[٢] على المسؤولية الناشئة عن الأشياء على أساس الخطأ المفترض من حارسها[٣]، لكنه خطأ يقبل إثبات العكس، إذ إن هذه المواد صريحة في أن «الحارس مسؤول ما لم يثبت أن وقوع الضرر أو الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه» وهذا الخطأ هو إفلات الشيء من سيطرة الحارس أو رقابته أو صيانته[٤].

وأما الفقه الإسلامي فقد بحث فقهاؤه المسؤولية الناشئة عن فعل الحيوان تحت عنوان «جناية البهيمة» والمسؤولية الناشئة عن تهدم البناء تحت عنوان «الحائط المائل».

---

(١) راجع المسؤولية المدنية والجنائية للشيخ محمود شلتوت: ص٢٨، المسؤولية التقصيرية للدكتور فيض الله: ص٣٩٠.

(٢) هي في القانون المصري ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، وفي القانون السوري هي ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩.

(٣) الحارس: هو من له السيطرة الفعلية على الشيء في توجيهه وفي رقابته ولو لم يكن مالكاً له.

(٤) انظر الوسيط للسنهوري: ١/ ١٠٥٢، موجز نظرية الالتزام لحجازي: ١/ ٥٣٠ وما بعدها.

وأما المسؤولية الناشئة عن الآلات الميكانيكية[١] وغيرها من الأشياء المادية غير الحية فيما عدا البناء مثل الأشجار والحجارة والرمال والأرض[٢] فلم يتعرض له الفقهاء المسلمون، لعدم وجود حوادث ناشئة عن ذلك في عصرهم لا لعجزهم، فلم يكن عهدهم عهد الآلة والتصنيع، ولم تحدث في زمانهم إصابات للعمال ونحوهم، والمبدأ الفقهي هو عدم مساءلة الإنسان عن ضرر يحدثه غيره ولا يد له فيه، لكن يمكن مساءلته وفق القواعد العامة في الضمان، فيسأل المباشر للضرر وإن لم يتعد، كما يسأل المتسبب في إحداث الضرر إذا كان متعدياً بالتعمد أو التقصير أو عدم التحرز في الإضرار أو الإهمال في الصيانة، إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام والضرر يزال، فالمهم شرعاً لتحقق المسؤولية هو إثبات وقوع الضرر وخطأ المتسبب، ولا حاجة للقول بوجود خطأ مفترض. وقد أخذ القانون الأردني بمسؤولية صاحب المصنع على أساس المباشرة بإحداث الضرر. وهذا في الحقيقة اجتهاد من واضعيه[٣]. لذا فإننا نقتصر هنا على تفصيل الكلام في النوعين الآخرين من المسؤولية، مع الإشارة لحالة ثالثة:

١- جناية الحيوان:

اتفق الفقهاء على أن صاحب الحيوان ضامن لما يتلفه إذا كان سبباً في الضرر، بأن تعمد الإتلاف بواسطة الحيوان، أو قصر في حفظه أو كان صاحبه سائقاً أو راكباً، فإن لم يكن متسبباً في الضرر، فإن الفقهاء اختلفوا في شأن تضمين صاحبه:

فقال الحنفية: إذا أتلف الحيوان شيئاً بنفسه مالاً أو إنساناً، فلا ضمان على صاحبه سواء أوقع ذلك ليلاً أم نهاراً، لقوله ﷺ: «العجماء جُرْحها جبار» أي المنفلتة هَدَر (انظر م٩٢٩ مجلة). فإن كان صاحبها معها سائقاً أو راكباً أو قائداً أو

---

(١) وهذا ما يخضع للمادة ١٧٨ من القانون المدني المصري.

(٢) وهذا مما يخضع للمادة ١٧٧ من القانون المدني السوري.

(٣) وراجع المسؤولية التقصيرية للزميل الدكتور فيض الله: ص٤٣٧، المحمصاني: ١/ ٢٤٨، ٢٢١.

أرسلها ونحو ذلك، ضمن ما تتلفه[١]. وعلى هذا قالوا: إذا أتلف الحيوان شيئاً في المراعي المباحة لا ضمان فيه، كما لو كان لقرية خيول أو بقر في المرعى، فعض أحدها أو ضرب برجله، فأتلف حيوان شخص: لا ضمان على صاحبه، وذلك بخلاف المحل المملوك، فإن الضمان على غير المالك، كأن يكون لرجل مربط فيجيء آخر ويربط دابة عند دابة المالك فتتلف دابة المالك، فالضمان على المعتدي ولا ضمان على المالك إذا أتلفت دابته دابة الآخر[٢].

وقال المالكية في الراجح عندهم والشافعية والحنابلة: إن ما تفسده الدواب والمواشي من الزرع والشجر ونحوه مضمون على صاحبها، أو راعيها إن لم يوجد صاحبها إذا وقع الضرر ليلاً، ولا ضمان فيما تتلفه نهاراً إذا لم يكن معها صاحبها. فإن كان معها صاحبها أو ذو اليد كالغاصب والمستأجر والمستعير، راكباً أو سائقاً أو قائداً، فهو ضامن لما تفسده من النفوس والأموال[٣] لما روي أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً (بستاناً) فأفسدت فيه، فقضى نبي الله ﷺ: «أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها»[٤] أي مضمون على أهلها.

وقال الظاهرية مثل الحنفية: لا ضمان على صاحب الحيوان فيما يفسده من دم أو مال، لا ليلاً ولا نهاراً، إلا إذا قصد الإضرار بالآخرين أو باشر التلف أو أمر به، لأنه المحرك لها، أو كان قائداً أو راكباً أو سائقاً، وفيما عدا ذلك لا ضمان،

---

(١) البدائع: ٧/ ٢٧٣، درر الحكام: ٢/ ١١١ وما بعدها، جامع الفصولين: ٢/ ١١٤، ١١٩، مجمع الضمانات: ص١٨٥، ١٩١.

(٢) القواعد الفقهية للحمزاوي: ص١٩٥.

(٣) المنتقى على الموطأ: ٦/ ٦١، بداية المجتهد: ٢ ص ٣١٧، ٤٠٨، القوانين الفقهية: ص٣٣٣، الفروق: ٤/ ١٨٦، فتح العزيز شرح الوجيز: ١١/ ٢٤٦، مغني المحتاج: ٤/ ٢٠٤ وما بعدها، تحفة الطلاب للأنصاري: ٢/ ٤٤٦، رحمة الأمة بهامش الميزان: ٢/ ١٦٠، نهاية المحتاج: ٤/ ١١٣، المهذب: ٢/ ٢٢٦، أعلام الموقعين: ٢/ ٢٥، الطرق الحكمية: ص٢٨٣، الإفصاح: ص٣٧٥، الميزان: ٢/ ١٧٤.

(٤) رواه مالك في الموطأ والشافعي وأحمد وأبو داوود والنسائي وابن ماجه والدارقطني وابن حبان وصححه، والحاكم والبيهقي من حديث حِرام بن مُحيّصة.

لأن جرح العجماء جبار بحكم رسول الله ﷺ[١]. وبهذا يظهر أن الفقه الإسلامي لا يتفق مع القانون في تحمل صاحب الحيوان مسؤولية الضمان، إلا على رأي الجمهور غير الحنفية والظاهرية فيما يتلفه الحيوان ليلاً.

٢- سقوط البناء أو الحائط:

إذا كان البناء منذ إنشائه آيلاً إلى السقوط إلى الطريق العام أو إلى ملك الغير، ثم سقط، فتلف به شيء، فلا خلاف بين الفقهاء في أن صاحبه يضمن كل الشيء التالف مطلقاً، لوجود التعدي بالتسبب في إحداث الضرر للناس، لأن دفع الضرر العام واجب[٢]. ومن هذا القبيل الذي يوجب الضمان منذ بدء المخالفة: إشراع الجناح (وهو إخراج الجذوع من الجدار إلى الطريق والبناء عليه) ونحو ذلك كالبناء على الشرفات من دون ترخيص إداري.

وأما إن طرأ خلل على البناء أو الحائط، فمال إلى الطريق العام، ثم سقط فتلف به مال أو إنسان أو حيوان، ففيه اختلاف بين المذاهب.

أ- قال جمهور الفقهاء (الحنفية بمقتضى الاستحسان والمالكية، والحنابلة في الراجح عندهم): يضمن صاحب الحائط ومن في حكمه (كالواقف والقيم والولي والراهن والشريك) ما تلف به من نفس إنسان أو حيوان أو مال، بشرط أن يسبق السقوط مطالبة ذي المصلحة بالنقض أو الإصلاح. ولا يشترط الإشهاد على طلب النقض لوجوب الضمان، وإنما هو أمر ضروري في الإثبات ليتمكن ذو المصلحة من إثبات المطالبة عند إنكار صاحب البناء. ويكون الإشهاد على ثلاثة أمور: على المطالبة أو التقدم[٣] إلى المالك في اصطلاح الفقهاء، وعلى حدوث الهلاك

---

(١) المحلى: ١١/٦ وما بعدها، ١٢م ٢١٠٦، ٢١١٠.

(٢) ويمكن القياس على ذلك حالة انفجار المرجل، يكون رب العمل مسؤولاً عن الضرر الحادث في حالة تحقق عيب الصنع، أو نقص في الصيانة والمحافظة. (راجع نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية التعاقدية للدكتور حسن الخطيب ص١٤٥).

(٣) عرفت المجلة التقدم في المادة (٨٨٩) فقالت: «التقدم: هو التنبيه والتوصية أولاً بدفع وإزالة مضرة مظنونة».

بالسقوط على المتضرر، وعلى كون الجدار ملكاً لهذا الشخص المدعى عليه من وقت الإشهاد إلى وقت السقوط.

فإن سقط البناء قبل المطالبة وأتلف إنساناً أو مالاً، أو سقط بعد المطالبة، لكن في مدة لا يقدر فيها المالك على النقض، أو سقط بعد انتقال ملكية الحائط إلى شخص آخر ببيع أو هبة ونحوهما، فلا ضمان عليه. وإن سقط في مدة يقدر فيها على النقض فلم يفعل حتى سقط، ضمن ما يترتب على السقوط من تلف في النفوس والأموال، لتقصيره في واجبه، لأن دفع الضرر العام عن الناس أمر واجب، ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

ولا عبرة بالمطالبة بالنقض لغير المالك أو من في حكمه، كساكن الدار بإجارة أو إعارة، أو كالمرتهن أو الوديع، لعدم قدرتهم على التصرف في الشيء(١). أي إن المسؤولية تقع على عاتق المالك، ومن ثَمَّ يعفى المتضرر من عبء إثبات خطأ المالك، وهذا هو الهدف الرئيسي من نظرية تحمل التبعة.

لكن في انحصار المسؤولية في المالك مخالفة لما عليه القانون المدني الذي يعتبر حارس البناء: كل من له السيطرة الفعلية عليه، سواء أكان مالكاً أم غير مالك، فيشمل المالك كأصل عام، وبائع العقار قبل التسليم، والمقاول، والمنتفع، والمستحكر(٢) والمرتهن رهن حيازة، والحائز للبناء بنية تملكه، فهؤلاء كلهم يعتبرون حراساً(٣).

ب- وقال الشافعية والظاهرية والحنفية بمقتضى القياس: لا يضمن من بنى جداره مستقيماً، فمال ولو إلى غير ملكه، وسقط وتلف به شيء، لأن الميل لم يحصل بفعله وقد بناه في ملكه ووقع من غير فعله، فأشبه ما إذا وقع من غير ميل،

---

(١) المبسوط ٢٧/٨ وما بعدها، البدائع: ٢٨٣/٧ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٤٢٤ وما بعدها، درر الحكام: ٢/ ١١٠ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص١٨٢، الشرح الكبير للدردير: ٣٥٦/٤، المغني: ٨٢٧/٧ وما بعدها، م٩٢٨ مجلة.

(٢) حق الحكر: هو حق الغرس والبناء وسائر وجوه الانتفاع في أرض موقوفة بإجارة طويلة الأمد، ويكون البناء والشجر ملكاً للمستحكر.

(٣) الوسيط: ١/ ١٠٧٠ وما بعدها، حجازي: ١/ ٥٣٦.

بل إنه لا يلزم بهدمه، وبنائه على نحو سليم مستقيم، ولا يجبر على إعادة البناء، سواء تمكن من ذلك أم لا، لأن القاعدة عندهم أن «ما كان أوله غير مضمون لا ينقلب مضموناً بتغير الحال» وقد يكون صاحب البناء غائباً بأقصى المشرق، والحائط بأقصى المغرب[1].

وهذا في تقديري إفراط في الأخذ بالقياس، ورأي غريب لا يتفق مع العدل وقواعد دفع الضرر في الإسلام ولا سيما في وقتنا الحاضر حيث يزدحم البنيان، ويكتظ بالسكان، ويتضرر الناس كثيراً من انهدام حائط أهمل صاحبه في صيانته وترميمه، وبخاصة بعد لفت نظره وإنذاره، وبذلك يضمن صاحب الحائط أو البناء ما يترتب على سقوطه من أضرار، إذا كان مقصراً في إزالة الضرر.

٣- تبعة الجمادات الخطرة:

يسأل الإنسان الذي يحمل بعض الآلات الخطرة كالسيف والبندقية ونحوهما عن الأضرار التي يحدثها بالآخرين إذا كان مقصراً غير متحرز، قال الفقهاء: لو انفلتت فأس من قصاب كان يكسر العظم، فأتلف عضو إنسان يضمن، وهو خطأ، والدية في ماله، لأنه لا عاقلة للعجم[2]. وقال النبي ﷺ: «من مر في شيء من مساجدنا أو أسواقنا ومعه نبل، فليمسك أو ليقبض على نصالها بكفه، أن يصيب أحداً من المسلمين منها شيء»[3].

---

(١) المهذب: ٢/ ١٩٣، تحفة الطلاب وحاشية الشرقاوي عليها: ٢/ ٤٤٨، ط البابي الحلبي، المحلى: ١٠/ ٦٣٩ م٢١٠٢.

(٢) واقعات المفتين: ص٦٤.

(٣) حديث صحيح.

الفصل الثالث

عوارض المسؤولية

قد تطرأ على المسؤولية عوارض كالصغر والجنون والإكراه، فتؤثر عليها إذا كانت المسؤولية عقدية أو جنائية، ولا تؤثر عليها إذا كانت مدنية تقصيرية على التفصيل الآتي:

ففي عارض الصغر والجنون ونحوهما كالإغماء(1): تؤثر هذه العوارض على المسؤولية العقدية، فتعتبر عقود الصغير غير المميز والمجنون والمغمى عليه باطلة، وأما المميز فتبطل عند الحنفية تصرفاته الضارة به ضرراً محضاً كالتبرعات والكفالة، والطلاق، وتعتبر تصرفاته المترددة بين الضرر والنفع كالمعاوضات المالية موقوفة غير نافذة، وإذا كان الصبي غير المميز محجوراً عن التصرفات فلا يصح منه شيء.

وكذلك لا تصح إقرارات الصغير غير البالغ وإن أجازها وليه، ولا تصح الخصومة أو رفع الدعوى من الصبي إلا أن يكون مأذوناً، وبهذا يظهر معنى قول فقهاء الحنفية: «الصبي والمجنون يكونان محجورين بغير حجر».

وفي نطاق المسؤولية الجنائية يؤثر عارض الصغر والجنون، فلا يطبق عقاب

---

(1) راجع مرآة الأصول: ٢/ ٤٣٩ وما بعدها، التقرير والتحبير: ٢/ ١٧٢، كشف الأسرار: ٤/ ١٣٨٣، التلويح على التوضيح: ٢/ ١٦٧ وما بعدها، درر الحكام: ٢/ ٢٧٣ وما بعدها، الدر المختار: ٥/ ٣٧٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٧٧ وما بعدها، ١٤١ وما بعدها، القواعد الفقهية للحمزاوي: ص٣٦١، المسؤولية المدنية والجنائية للشيخ شلتوت: ص٢٩، الوسيط في أصول الفقه للمؤلف: ص١٥٧، ١٦٤، ١٦٦، ١٦٨.

القصاص والحرمان من الميراث بسبب اقتراف الصغير أو المجنون جريمة القتل، إذ ليس لصبي ومجنون عمد كما قال الحنفية، أو لأن العقوبة جزاء التقصير وهما ليسا من أهلها.

أما في نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية: فإن الصبي والمجنون مسؤولان عن ضمان المتلفات وكل الأفعال الجنائية، فإذا كان لهما مال وجب دفع التعويض فوراً، وإن لم يكن لهما مال ثبت في ذمتهما التزام بالدين إلى وقت اليسار. ولا يكون الولي أو القيم أو الوصي مسؤولاً عن ضمان التلف إلا إذا كان الإتلاف ناجماً عن تقصير في الحفظ أو إغراء بالاعتداء.

وتبطل الأفعال المدنية الصادرة من الصغير غير المميز كتسلم المبيع أو الوديعة، ولا يضمن تلفها لتفريط المالك بتسليمها إليه.

وبهذا يفهم قول الحنفية: «الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله، فيضمن ما أتلفه من المال» وقولهم: «إن الحجر يقع على الأقوال دون الأفعال» يعني أنه مؤاخذ مدنياً على الأفعال الجنائية، فيجب عليه ضمان الفعل. وأما أقواله (عقوده وإقراراته) فلا يعتد بها شرعاً لعدم تعقلها منه.

وفي الميدان الاجتماعي: يجب في مال الصبي والمجنون نفقات الأقارب المحتاجين كالآباء والإخوة ونحوهم، والضرائب المفروضة على الأراضي من عشر وخراج، وزكاة الأموال النقدية في مذهب جمهور الفقهاء غير الحنفية، أما الحنفية فإنهم لم يوجبوها ناظرين فقط إلى كونها عبادة مالية.

وأما عارض الإكراه: فقد سبق الكلام عليه وملخصه في نطاق المسؤولية المدنية والجنائية هو ما يأتي[1]:

---

(١) راجع كتب الفقه والأصول في هذا الموضوع مثل: درر الحكام: ٢/ ٢٦٩ وما بعدها، البدائع: ٧/ ١٧٥ وما بعدها، الشرح الكبير: ٣/ ٤٤٤، بداية المجتهد: ٢/ ٣٨٩، الفروق: ٢/ ٢٠٨، قواعد الأحكام: ٢/ ١٣٢، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب: ٢/ ٣٩٠ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص٢٨٦ وما بعدها، كشاف القناع: ٤/ ٩٨، المغني: ٧/ ٦٤٥، كشف الأسرار: ٤/ ١٥٠٢، فواتح الرحموت: ١/ ١٦٦، التقرير والتحبير: ٢/ ٢٠٦، مرآة الأصول: ٢/ ٤٦١، شرح الإسنوي: ١/ ١٧٣، أعلام الموقعين: ٤/ ١٨٣.

ففي المسؤولية المدنية **العقدية**: إن كان التصرف لا يحتمل الفسخ كالنكاح، فلا يؤثر فيه الإكراه بمعنى أن التصرف يكون نافذاً مع الإكراه.

وإن كان التصرف يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة والرهن ونحوهما مما يعتبر سبباً من أسباب الملكية، فإن الإكراه يؤثر فيه، فيجعل التصرف غير نافذ أي موقوفاً على إجازة المستكره بعد زوال الإكراه.

وقال جمهور الفقهاء: إن الإكراه يبطل كل العقود لعدم وجود الرضا والرغبة فيها، وليس هناك اختيار صحيح بإجرائها.

وفي المسؤولية المدنية **التقصيرية**: لا يؤثر الإكراه وإنما يجب ضمان التلف الحادث بالإكراه على النفس أو المال. وقد اختلف الفقهاء في الضامن المسؤول عن إتلاف المال بالإكراه أهو المكره أو المستكره:

فقال الحنفية، والحنابلة في الأرجح عندهم: إن الضمان على المكره بالإكراه الملجئ، لأن المستكره مسلوب الإرادة، وما هو إلا آلة للمكره، ولا ضمان على الآلة اتفاقاً.

وقال الشافعية في الأرجح عندهم: إن الضمان مشترك على المكره والمستكره، لأن الإتلاف صدر من المستكره حقيقة، ومن المكره بالتسبب، والتسبب في الفعل والمباشرة سواء، لكن يستقر تحمل الضمان في النهاية على المكره في الأصح. ومن المعلوم أن الإكراه عند الشافعية نوع واحد وهو الإكراه الملجئ، وأما غير الملجئ فلا يسمى إكراهاً.

وقال المالكية والظاهرية: الضمان على المستكره، لأنه يكون في هذه الحالة كالمضطر إلى أكل طعام الغير، لإباحة فعل كل منهما، وكما أنه يجب الضمان على المضطر، يجب الضمان على المستكره.

وإن كان الإكراه ناقصاً: فالضمان على المستكره باتفاق العلماء، لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار أصلاً، فلا يعتبر المستكره آلة للمكره، فكان الضمان واجباً عليه.

وفي **المسؤولية الجنائية**: قد يكون هناك إكراه على القتل أو على الزنا مثلاً.

أ- ففي حالة الإكراه على القتل: إن كان الإكراه ناقصاً فالقصاص أو الدية على المستكره اتفاقاً، لأن الإكراه الناقص كما ذكرنا لا يسلب الاختيار.

وإن كان الإكراه تاماً ملجئاً ففي تعيين المسؤول اختلاف بين الفقهاء: فقال أبو حنيفة ومحمد وداوود الظاهري: لا قصاص على المستكره، وإنما يقتص من المكره، لأن المستكره مجرد آلة للمكره. ويظهر لنا أن هذا هو أرجح الآراء.

وفي القتل الخطأ: الدية على المكره أيضاً.

وقال أبو يوسف: لا يقتص من أحد للشبهة، وإنما تجب الدية على المكره.

وقال زفر وابن حزم الظاهري: يقتص من المستكره، لأن القتل وجد منه بالفعل.

وقال جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة): يقتص من المكره والمستكره معاً، لأن المستكره وجد منه بالفعل حقيقة، والمكره متسبب في القتل والمتسبب كالمباشر.

ب- وفي حال الإكراه على الزنا: إن كانت المرأة مستكرهة فلا عقاب عليها عند جمهور الفقهاء، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَن يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِن بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [النور: ٢٤/ ٣٣].

وإن كان الرجل مستكرهاً على الزنا: فإن كان الإكراه ناقصاً فعليه العقاب (وهو الحد المقرر شرعاً). وإن كان الإكراه تاماً فلا عقاب عليه عند أبي حنيفة وصاحبيه والشافعي، لأن الإكراه يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات. وقال المالكية والحنابلة: يجب الحد على الزاني المستكره، لأن مثل هذا الفعل لا يحصل عادة وطبعاً من دون اختيار وطواعية.

الفصل الرابع

إثبات المسؤولية

نتكلم في هذا الفصل على طرق الإثبات إجمالاً، وعبء الإثبات.

أما طرق الإثبات في الإسلام التي يعتمد عليها القضاء للفصل بين المتنازعين، ففيها رأيان[١]:

١- رأي جمهور العلماء: وهو حصر طرق الإثبات في أمور معينة: هي الإقرار، وشهادة عدلين، واليمين والنكول عن اليمين والقسامة[٢] وعلم القاضي، والقرينة القاطعة.

٢- رأي ابن القيم: وهو حرية القاضي في الإثبات. وقد ذكر في كتابه الطرق الحكمية خمسة وعشرين طريقاً يحكم بها الحاكم[٣]، منها عدا المذكور في الرأي الأول: اليد المجردة التي لا تفتقر إلى يمين، والإنكار المجرد، والحكم باليد مع يمين صاحبها، والحكم بالشاهد الواحد، أو بالشاهد مع اليمين، الحكم بالاستفاضة والشهرة، الحكم بالخط المجرد، أو بالعلامات الظاهرة أو بالقرعة أو بالقيافة[٤].

---

(١) المسؤولية المدنية والجنائية لأستاذنا المرحوم شلتوت: ص٣٣.

(٢) القسامة: هي أن يحلف أولياء الدم خمسين يميناً في المسجد الأعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس أن فلاناً هذا هو القاتل. فيحكم بها المالكية والحنابلة: بالقصاص في القتل العمد، والدية في القتل الخطأ. وقال الشافعي وأبو حنيفة: إنما تجب بها الدية، ولا يراق بها دم (القوانين الفقهية لابن جزي: ص٣٤٨).

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ص١٠٨ وما بعدها.

(٤) القيافة: تتبع الأثر، وإثبات النسب عن طريق التشابه في تكوين البنية البشرية.

وأما عبء الإثبات: فقد اتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على أنه يقع على المدعي المتضرر، وذلك بأن يثبت خطأ المتعدي، ووقوع الضرر. وإذا تعارضت البينتان فإن إثبات السبب المحدث للضمان يرجح إحدى البينتين على الأخرى[١].

ففي المسؤولية التعاقدية لإثبات الخطأ العقدي: يميز بين كون يد المدين يد ضمان أو يد أمانة. فإذا كانت يده يد ضمان، فعليه إثبات قيامه بالتزامه. وإذا كانت يده يد أمانة، فعلى الدائن إثبات تقصير المدين في أنه لم يبذل العناية الواجبة للمحافظة على الشيء[٢] لأن القاعدة الفقهية تقرر أن «الأمين مصدق باليمين».

وفي المسؤولية التقصيرية: على المدعي المتضرر إثبات خطأ المتعدي وأنه سبب تضرره، وهذا متمشٍ مع القاعدة العامة في الإسلام في توزيع طرق الإثبات على المتخاصمين، وهي قوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[٣].

فإذا لم يتوافر عمد ولا خطأ ولا إهمال على المدعى عليه، فلا يسأل عن الضمان إلا في أحوال مسؤولية القصر أو عديمي الأهلية مما سبق ذكره كما أنه لا يسأل المدعى عليه إذا وجد خطأ من المدعي أو شخص ثالث، أو قوة قاهرة، كما ذكرنا في أحوال انتفاء المسؤولية.

مثال الخطأ من المدعي المضرور: أن يحفر رجل بئراً في الطريق العام، فيأتي آخر، فيلقي نفسه فيها متعمداً، لا يضمن الحافر. وإن لم يوقع فيها نفسه، فسقط وسلم من السقوط ومات فيها جوعاً أو غماً لا يضمن الحافر في قول أبي حنيفة. قال محمد: يضمن الحافر في الوجوه السابقة كلها، لأن الموت حصل بسبب الوقوع في البئر[٤].

ومثال خطأ الشخص الأجنبي أو الثالث: أن يفتح شخص رأس وعاء فيه شيء

---

(١) القواعد الفقهية للشيخ الحمزاوي: ص١٩٨.
(٢) انظر مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ١٦٤.
(٣) أخرجه البيهقي بإسناد صحيح من حديث ابن عباس.
(٤) مجمع الضمانات: ص١٨٠.

جامد، ثم يأتي آخر، فيقرب ناراً من الجامد، فذاب وضاع، فالأظهر عند الشافعية أن الضمان على الثاني، لأن تقريب النار منه تصرف بالتضييع والإتلاف(١). وقال الحنفية: من تعثر بحجر فسقط في بئر حفرها رجل، فالضمان على واضع الحجر، فلو لم يضعه أحد فعلى الحافر، وكذا لو زلق أحد بماء صبه رجل فوقع في البئر فالضمان على الصاب، ولو كان الماء ماء مطر فعلى الحافر(٢).

ومثال القوة القاهرة، أو الآفة السماوية بتعبير الفقهاء: أن يضع رجل جمرة على الطريق، فهبت بها الريح، وأزالتها عن مكانها، فأحرقت شيئاً، لا يضمن الواضع. وكذا لو وضع رجل حجراً في الطريق فجاء السيل، ودحرجه، فكسر شيئاً، لا يضمن الواضع، لأن جنايته زالت بالماء والريح(٣). ومثله لو سدد أحد بندقيته أو مسدسه أي هيأه للإطلاق، فخرجت رصاصة من دون إرادته، وقتلت إنساناً، لا يضمن صاحب السلاح. وعلى هذا فإن الإتلاف لا يوجب الضمان إذا كان حادثاً بآفة سماوية أو قوة قاهرة. أما في الغصب فإن الغاصب يكون ضامناً مسؤولاً ولو حدث الهلاك بآفة سماوية، لأن الغصب يفترض وجود التعمد عند الغاصب، إذ إن عمله غير مشروع ولا مباح في حد ذاته(٤).

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ١١/ ٢٤٤ وما بعدها.
(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٣٧٨.
(٣) مجمع الضمانات: ص١٤٩.
(٤) الموجبات والعقود للمحمصاني: ١/ ٢٠٨.

الباب الثالث

الضمان في نطاق المسؤولية الجنائية

تمهيد: الجرائم إما أن تكون على الأموال أو على الأنفس. والاعتداء على المال يستوجب ضمان التعويض، والاعتداء على الأنفس يستوجب العقاب البدني، أو العقاب المالي. والعقوبات البدنية كالقتل والقطع. والمالية كإتلاف أوعية الخمر والدية والغرامات المالية. قال ابن القيم: «كان من بعض حكمته - سبحانه - ورحمته أن شرع العقوبات في الجنايات الواقعة بين الناس بعضهم على بعض في النفوس والأبدان والأعراض والأموال كالقتل والجراح والقذف والسرقة، فأحكم سبحانه وجوه الزجر الرادعة عن هذه الجنايات غاية الإحكام، وشرعها على أكمل الوجوه المتضمنة لمصلحة الردع والزجر... ورتب على كل جناية ما يناسبها من العقوبة وجعل هذه العقوبات دائرة على ستة أصول: قتل وقطع وجلد ونفي وتغريم مال وتعزير»(١). وأما الجرائم المستوجبة للعقوبة البدنية فهي سبعة: الردة، والبغي، والزنا، والقذف، والسرقة، وقطع الطريق، وشرب الخمر(٢).

وقال ابن جزي المالكي: الجنايات الموجبة للعقوبة ثلاث عشرة وهي: القتل

---

(١) أعلام الموقعين: ٢/ ٩٥ وما بعدها.

(٢) الميزان: ٢/ ١٥٢، والبغي: هو الدعوة إلى قلب الأنظمة من غير الطريق المشروع أو بالقوة (التشريع الجنائي للمرحوم عودة: ٢/ ٢١).

والجرح والزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة والبغي والحرابة والردة والزندقة، وسب الله وسب الأنبياء والملائكة، وعمل السحر، وترك الصلاة والصيام(١).

والاعتداء على الإنسان إما أن يكون على النفس كلها وهو القتل، أو على ما دون النفس وهو الجرح والضرب، أو على النفس قبل الولادة وهو الإجهاض.

أنواع القتل: القتل إما أن يكون عمداً أو خطأ، وقد يتنوع القتل إلى أنواع بحسب قصد الجاني أو نتيجة الفعل الجنائي الحادث، لذا قسم أبو حنيفة القتل إلى خمسة أنواع(٢):

١- **القتل العمد**: وهو أن يقصد الجاني ضرب المجني عليه بسلاح كالسيف والرصاص، أو ما يجري مجرى السلاح في تفريق أجزاء الجسد كالآلة المحددة (أي التي لها حد) من الخشب والحجر والنار، لأنها تشق الجلد وتعمل عمل الذبح، فالتحريق عمد، وعقابه: القَوَد أي القصاص إلا أن يعفو أولياء الدم أو يصالحوا القاتل عنه على الدية، وهو واجب عيني، فليس لولي الدم أخذ الدية إلا برضاء القاتل، ولا كفارة فيه عند الحنفية. ودليله قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ٢/١٧٨] ويحرم القاتل من الميراث هذا بالإضافة إلى الجزاء الأخروي، قال تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴿٩٣﴾﴾ [النساء: ٤/ ٩٣].

٢- **شبه العمد عند أبي حنيفة**: هو أن يتعمد الجاني الضرب بما ليس بسلاح، ولا ما أجري مُجْرى السلاح، كالضرب بالعصا أو بالحجر والتغريق بالماء ونحو ذلك مما هو مثقل لا يفرق أجزاء الجسد عادة(٣). وهذا عند الصاحبين وبقية الأئمة: يعتبر من النوع الأول وهو القتل عمداً. وعقابه: الكفارة

---

(١) القوانين الفقهية: ص٣٤٤.

(٢) البدائع: ٧/ ٢٣٣ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٦/ ٩٧ وما بعدها، الدر المختار: ٥/ ٣٧٥ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب (القدوري): ٣/ ١٤١ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٨/ ٢٤٤ وما بعدها، الفتاوى الهندية: ٦/ ٢ وما بعدها.

(٣) المثقل: هو ما ليس له حد جارح ولا سن طاعن كالعصا والحجر.

والدية وحرمان القاتل من إرث المقتول إذا كان بينهما قرابة، لقوله ﷺ: «القاتل لا يرث»(١).

والقتل شبه العمد يقابل «الضرب المفضي إلى الموت» في اصطلاح القانون الجزائي الوضعي، فإن أعقبه الموت كان ذلك مستوجباً للمسؤولية الجنائية، وهذا موافق لرأي الصاحبين وجمهور العلماء.

٣- **القتل الخطأ**: وهو نوعان:

خطأ في القصد أو في ظن الفاعل: وهو أن يرمي الجاني شخصاً ظنه صيداً أو عدواً، فإذا هو إنسان معصوم الدم مسلم أو معاهد. أي إن الخطأ راجع إلى فعل القلب وهو القصد.

وخطأ في الفعل نفسه: وهو أن يرمي هدفاً معيناً أو صيداً، فيصيب إنساناً، أو يقصد رجلاً فيصيب غيره أي إن الخطأ راجع إلى أداة الرمي، أو يريد رجلاً فأصاب حائطاً ثم رجع الرصاص فأصاب هذا الرجل الذي يريد قتله، لأن رجوع الرصاص سبب آخر، والحكم ينسب لآخر أسبابه. ومثله: لو سقط من يده خشبة أو لبنة، فقتل رجلاً، فهو خطأ في الفعل، ولا قصد فيه. وعقابه: الكفارة والدية، لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٤/ ٩٢]، والحرمان من الإرث.

٤- **ما جرى مجرى الخطأ**: وهو مثل النائم الذي ينقلب على رجل فيقتله، فهو معذور كالمخطئ. وعقابه: الكفارة والدية وحرمان الإرث.

٥- **القتل تسبباً**: مثل حافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وواضع الخشبة مثلاً على الطريق العام بغير إذن من السلطة الحاكمة. وعقابه تحمل الدية، إذ إن القتل لم يوجد من هؤلاء حقيقة، لكن كان فعلهم تعدياً مستوجباً للضمان، فألحق بالقتل في المسؤولية أي في التضمين(٢). ولا يكون مانعاً من الإرث.

وللمذاهب الأخرى تقسيمات أخرى للقتل، فعند المالكية: تقسيم ثنائي فقط إلى

---

(١) رواه الترمذي وابن ماجه عن أبي هريرة.

(٢) القتل المانع من الإرث عند الحنفية: هو القتل مباشرة لا تسبباً، عمداً أو خطأ. وعند المالكية: هو القتل العدوان. وعند الشافعية: القتل مطلقاً، وعند الحنابلة: القتل بغير حق.

عمد (وشبه العمد كالعمد) وخطأ[١]، وعند الشافعية والحنابلة: تقسيم ثلاثي إلى عمد وشبه عمد، وخطأ[٢].

شروط الجاني والمجني عليه: هناك شروط كثيرة لتطبيق عقوبات الحدود والتعازير تعرف في كتب الفقه، وأما القتل فيشترط لتحقق المسؤولية الجنائية عنه كون القاتل بالغاً عاقلاً مختاراً متعمداً القتل قاصداً إياه لا شبهة فيه، وأن يكون القتل نتيجة لفعل الجاني، فإن توافرت هذه الشروط، استحق القاتل القصاص، وإذا اختل شرط منها وجبت الدية، فليس على الصبي والمجنون قصاص، إذ ليس لهما عمد، فعمد الصبي وخطؤه سواء في القصاص، وهما ليسا من أهل العقاب المدني، لقصور الأهلية وعدم مطالبتهما بالتكاليف الشرعية، فلا يوصف فعلهما بوصف الجناية أو الجريمة، فينتفي عنهما العقاب البدني، وتجب الدية في مالهما، كما ذكرنا سابقاً، وأما السكران فيقتص منه عند أئمة المذاهب الأربعة إلا إذا كان غير متعدٍّ بسكره كالمضطر وحالة التداوي، وذلك حتى لا يكون السكر ذريعة للتخلص من العقوبة[٣].

يؤيده ما ذكره الإمام مالك في الموطأ: «بلغه أن مروان بن الحكم كتب إلى معاوية: أنه أتي بسكران قد قَتَل، فكتب إليه: أن اقتله به»[٤].

كذلك لا يقتص من المستكره في مذهب الحنفية، إذ إن فعله كالآلة في يد غيره، فهو في الحقيقة لم يتوافر لديه القصد الجنائي.

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٣٩٠، القوانين الفقهية: ص٣٤٤.

(٢) المغني: ٧/ ٦٣٦ وما بعدها، مغني المحتاج: ٤/ ٣.

(٣) القوانين الفقهية: ص٣٤٥، مغني المحتاج: ٤/ ١٥، المغني: ٧/ ٦٦٥، كشف الأسرار على أصول البزدوي: ٤/ ١٤٧٢ وما بعدها، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ١٥١ وقارن ذلك بالمسؤولية الجنائية لأستاذنا شلتوت: ص٤٥، وبالجريمة والعقوبة لأستاذنا أبي زهرة: ص٤١٥ حيث اعتبرا السكران غير مسؤول جنائياً فلا يقاد منه، وهذا مخالف لما نص عليه فقهاء الحنفية من أن السكران مكلف كغيره، قال البزدوي: إن السكر المحظور لا ينافي الخطاب التكليفي بالإجماع، وإذا ثبت أنه مخاطب ثبت أن السكر لا يبطل شيئاً من الأهلية، فتلزمه أحكام الشرع كلها، وتصح عباراته كلها... وإذا أقر بالقصاص أو باشر سبب القصاص لزمه حكمه...إلخ.

(٤) جامع الأصول لابن الأثير: ١١/ ١١.

والمخطئ لا قصاص عليه، لقول النبي ﷺ: «العمد قود»[١] أي القتل العمد يوجب القود، فهو وحده الذي يستحق القصاص لتوافر عنصر الجريمة على نحو تام.

وهذا الحديث يدلنا أيضاً على أن اقتران القتل بشبهة كوجود علاقة الأبوة بين القاتل والقتيل، أو كقول المجني عليه للجاني: «اقتلني» فقتله، لا يوجب القصاص، لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

وإذا كان القتل ليس نتيجة لفعل الجاني بأن كان نتيجة لفعل لا يمكن نسبته إلى الجاني، أو لم يكن فعل الجاني مما يحدث الموت عادة، فلا يعد الجاني قاتلاً. وقد اختلف الفقهاء في تحديد آلة القتل التي يترتب على استعمالها القصاص:

فقال أبو حنيفة: يشترط أن تكون أداة القتل مما يقتل غالباً ومما يستعمل في القتل: وهي كل آلة جارحة أو طاعنة ذات حد، سواء أكانت من المعادن أم من الأخشاب أم من الأحجار أم النيران كما ذكرنا سابقاً، فإذا استعمل الجاني حجراً أو عصا صغيرة فهو شبه عمد، ولو غرق المجني عليه في الماء القليل ومات فهو ليس بعمد ولا شبه عمد، ولو ألقي المعتدى عليه من سطح أو جبل أو في بئر ولا يرجى منه النجاة، كان القتل شبه عمد عند أبي حنيفة، وعمداً عند الصاحبين. ولو ضرب الشخص بمثقل أي بأداة ثقيلة غير جارحة ولا طاعنة كالمدقة والحجر والعصا الكبيرين ونحوهما، فالقتل شبه عمد عند أبي حنيفة، وعمد عند الصاحبين والأئمة الثلاثة الآخرين[٢].

وقال مالك: لا يشترط في آلة القتل شرط خاص، وإنما ينبغي أن يكون القتل الموجب للقصاص في حالة غضب وثورة أو عداوة، فكل ما يقصد به القاتل القتل بضرب بمحدد أو بمثقل أو بإحراق أو تغريق أو خنق أو سم أو غير ذلك، فهو موجب للقود وهو القصاص[٣].

وقال الشافعي وأحمد: يشترط في القتل العمد الموجب للقصاص: أن يقصد

---

(١) رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه في مسنديهما من حديث ابن عباس بلفظ «العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول».

(٢) البدائع: ٧/ ٢٣٤، تبيين الحقائق: ٦/ ٩٧ وما بعدها، رد المحتار: ٥/ ٣٧٦ .

(٣) القوانين الفقهية: ص٣٣٤، الشرح الكبير: ٤/ ٢٤٢.

الجاني القتل والشخص بما يقتل غالباً: جارحٍ أو مثقلٍ، وهذا هو الغالب، ومثلهما القتل بالسم وشهادة الزور ونحو ذلك[١].

وأما **شروط المقتول**: فهي أولاً - أن يكون معصوم الدم عصمة مؤبدة، وهو المسلم والذمي المعاهد، فالعصمة تكون بالإسلام وبالعهد، فلا يقتص ممن قتل حربياً لأنه عدو مهدر الدم، أو مستأمناً دخل بلادنا بأمان لوجود الشبهة في إباحة دمه، لأنه إذا عاد إلى بلاده صار مباح الدم. وكذلك إذا لم يكن القتل عدواناً وإنما كان بحق كقتل الجلاد للقاتل، وقتل الصائل والمرتد والزاني المحصن فلا قصاص على القاتل حينئذ، كذلك لا قصاص ولا ضمان على من قتل رجلاً رآه يزني بامرأته أو أحد أقاربه.

وثانياً- ألا يكون المقتول من فروع القاتل كالابن وابن الابن، فلا قصاص على الأب أو الجد بقتل ولده أو ولد ولده، كما لا قصاص على الأم أو الجدة بقتل ولدها أو ولد ولدها، وذلك رأي جمهور الفقهاء[٢] لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يقتل والد بولده»[٣] ولرعاية حرمته، لأنه كان سبباً في وجود ولده، فلا يكون ولده سبباً في عدمه.

وقال الإمام مالك: لا يقاد الأب بالابن، إلا أن يضجعه فيذبحه أو يقتله قتلاً لا يشك في أنه عمد إلى قتله دون تأديبه. فأما إن رماه بسيف أو عصا، فقتله، لم يقتل به[٤].

---

(١) مغني المحتاج: ٤/ ٣، المغني: ٧/ ٦٣٧.

(٢) البدائع: ٧/ ٢٣٥ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٦/ ١٠٢، الدر المختار: ٥/ ٣٧٨ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٨/ ٢٥٤، مجمع الضمانات: ص١٧٢، مغني المحتاج: ٤/ ١٨، المهذب: ٢/ ١٧٤، المغني: ٧/ ٦٤٩، ٦٦٦.

(٣) أخرجه النسائي من حديث عمر بن الخطاب، ورواه ابن ماجه من حديث عمر وابن عباس وذكرهما ابن عبد البر، وقال: هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق، مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه حتى يكون الإسناد في مثله مع شهرته تكلفاً. وفي رواية عند الحاكم والبيهقي وصححه: «لا يقاد للابن من أبيه» ورواه الترمذي عن عمر بلفظ «لا يقاد الوالد بالولد».

(٤) بداية المجتهد: ٢/ ٣٩٣، القوانين الفقهية: ص٣٤٦.

ولا يشترط عند الحنفية التكافؤ بين المقتول والقاتل في سلامة الأعضاء ولا في الشرف والفضيلة، ولا في السن والجنس، ولا في الدِّين ولا في الكثرة، فيقتل سليم الأعضاء بمقطوع بعضها، أو بالأشل، ويقتل العالم بالجاهل، والشريف بالوضيع، والعاقل بالمجنون، والبالغ بالصبي، والذكر بالأنثى، والمسلم بالذمي المعاهد، والجماعة بالواحد، لعموم الحكم في آيات القصاص مثل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٨] ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٥/ ٤٥] ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء: ١٧/ ٣٣] ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٩].

واشترط الحنفية أيضاً للقصاص أن يكون القتل **مباشرة لا تسبباً**، لأن القتل تسبباً لا يساوي القتل مباشرة، إذا لم يحصل من المتسبب قتل حقيقة، وإنما هو قتل صورة لا معنى، والقتل مباشرة قتل صورة ومعنى. فلو حفر رجل بئراً على قارعة الطريق، فوقع إنسان ومات، لا قصاص على الحافر، لأن الحفر قتل تسبباً لا مباشرة، ولكن عليه الدية.

ولو رجع شهود القصاص عن شهادتهم بعد قتل المشهود عليه، أو تبين أن القتيل المدعى قتله حي موجود، فلا قصاص عليهم، ولكن عليهم الدية. ولو حبس شخص غيره في بيت، وأطبق عليه الباب حتى مات، لا قصاص عليه، وإنما يعزر على ما صنع عند أبي حنيفة، ويضمن ديته عند الصاحبين لأنه متسبب في إتلافه.

وأما الإكراه على القتل فليس من قبيل القتل تسبباً، لأنه يجعل المستكره آلة بيد المكره، كأنه أخذه وضربه على القتيل، فصار الفعل في الواقع صادراً من مستعمل الآلة لا من الآلة، فيعتبر قتلاً مباشرة(١).

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يجب القصاص بالمباشرة وبالتسبب(٢) فمن

---

(١) المبسوط: ٢٦/ ١٥٣، ١٨١، الفتاوى الهندية: ٦/ ٣، البدائع: ٧/ ٢٣٩، مجمع الضمانات: ص١٧٢.

(٢) المباشرة: هي ما يؤثر في الهلاك ويحصله كالجرح والضرب. والتسبب: هو ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله (مغني المحتاج: ٤/ ٦).

حبس غيره في مكان، ومنع عنه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت، فعليه القَوَد (أي القصاص)، لأن هذا يقتل غالباً. ومثل ذلك: الأم التي تمنع ولدها الرضاع حتى مات، فإن قصدت موته قتلت وإلا فعليها الدية كما نص المالكية.

ومن أكره غيره على القتل فقتله، وجب القصاص على المكره والمستكره جميعاً، لأن المكره تسبب إلى القتل بما يفضي إليه غالباً، فأشبه ما لو ألقاه على أسد في مغارة أو قفص أو زُبية (وهي الحفرة التي تحفر للأسد).

وإذا شهد رجلان على آخر بما يوجب قتله، فقتل بشهادتهما، ثم رجعا واعترفا بتعمد القتل ظلماً وبكذبهما في شهادتهما، فقالا: تعمدنا الكذب في شهادتنا، فعليهما القصاص، بدليل أن رجلين شهدا عند علي - كرم الله وجهه- على رجل أنه سرق، فقطعه (أي قطع يده) ثم رجعا عن شهادتهما، فقال علي: لو اعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما، وغرمهما دية يده.

وأخذ بهذا الرأي الشافعية والحنابلة وأشهب من المالكية.

وقال جمهور المالكية: تجب الدية على من شهد شهادة زور بقتل(١).

وأما **القتل بحق**: فلا يوجب القصاص، إذا يشترط في القتل الموجب للقصاص أن يكون متصفاً بصفة العدوان أو الاعتداء، وعلى هذا فلا قصاص على الجلاد بقتل المحكوم عليه بالقتل بسبب قتله غيره أو بسبب الردة مثلاً، ولا قصاص على من قتل غيره دفاعاً عن نفسه أو ماله أو عرضه باتفاق الفقهاء، باستثناء كون الصائل المعتدي صبياً أو مجنوناً عند الحنفية(٢). ولا قصاص ولا ضمان أيضاً على من قتل رجلاً رآه يزني بامرأته أو أحد محارمه(٣).

---

(١) الشرح الكبير: ٤/ ٢٠٧، ٢٤٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ٤/ ٥ وما بعدها، ٤٥٧، المهذب: ٢/ ١٧٦ وما بعدها، ٣٤٠، المغني: ٧/ ٦٤٣، ٦٤٥ وما بعدها، ٩/ ٢٤٧ .

(٢) راجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص١٤٤ وما بعدها، الفتاوى الهندية: ٦/ ٧، أحكام الصغار: ٢/ ١٢٠ وجامع الفصولين: ٢/ ١٢١.

(٣) المغني: ٧/ ٦٤٩، ٨/ ٣٣٢، مغني المحتاج: ٤/ ١٩١، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٣٥١، الدر المختار: ٣/ ١٩٧، المهذب: ٢/ ٢٢٥.

مقارنة:

يرى فقهاؤنا أن الجريمة التي تستحق القصاص، أو الإعدام في الاصطلاح الحديث: هو القتل العمد العدوان، ولو لم يكن هناك سابق تصور وإصرار وتصميم، على عكس ما تأخذ به القوانين الجزائية الحديثة، وذلك من الشريعة عدل ومصلحة لتقليل جرائم القتل ولأجل حماية الناس وتوفير الأمن والطمأنينة لهم في أرجاء المجتمع(١). واكتفى التشريع الجزائي المصري والسوري بجعل ظرف «سبق الإصرار» ظرفاً مشدداً للعقوبة في بعض الجرائم العمدية(٢).

وأركان جريمة القتل العمد في الإسلام والقانون الجزائي ثلاثة هي: كون القتيل إنساناً حياً، وأن يكون القتل نتيجة لفعل الجاني، وأن يقصد الجاني إحداث الوفاة(٣).

وأما الشروط المتفق عليها بين الفقهاء المسلمين لتطبيق عقوبة القصاص فهي أن يكون القاتل عاقلاً بالغاً مختاراً مباشراً للقتل غير مشارك له فيه غيره، واختلف الفقهاء في أن يكون هناك تكافؤ بين القاتل والمقتول في الإسلام أو غيره من الأديان، والذكورة والأنوثة والوحدة والكثرة. كما اختلفوا فيما عدا ذلك من صور القتل التي لا تنطبق هذه الشروط عليها(٤).

والفقه الإسلامي والقانون الجزائي في مصر وسورية متفقان على امتناع المسؤولية الجنائية في أحوال صغر السن حتى السابعة، والجنون أو العاهة العقلية وحالة الضرورة، لأن الصغر والجنون يعدمان الإدراك والإرادة والاختيار، وأما حالة الضرورة فهي وإن لم تفقد الاختيار إلا أنها تضطر الإنسان إلى ارتكاب الجريمة.

---

(١) الموجبات والعقود للمحمصاني: ١/ ١٤١.

(٢) موجز القانون الجنائي لأستاذنا علي راشد: ص٤٢٦ ط ١٩٥٣، مبادئ قانون العقوبات للأستاذ محمد الفاضل: ص٤٨٧ ط ١٩٦٣ وراجع المواد ٥٣٣- ٥٣٥ من القانون الجزائي السوري.

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عودة: ٢/ ١٢ وما بعدها.

(٤) راجع بداية المجتهد: ٢/ ٣٨٨- ٣٩٣.

وأما الصغير بعد سن السابعة إلى البلوغ فهو في الفقه الإسلامي معفي أصلاً من القصاص دون التعزير بالحبس والتوبيخ ونحوهما. وعند القانونيين: يطبق نظام المسؤولية الجنائية المخففة التي يقدرها القاضي بحسب ظروف كل حالة على حدتها. ومقتضاها عدم تطبيق عقوبة الإعدام أو الأشغال الشاقة على القاصرين، وإنما يطبق السجن أو الحبس، وذلك إلى سن السابعة عشرة.

ويختلف الفقه الإسلامي مع القانون في حالتي السكر والإكراه، فالسكران والمكره في الفقه معاقبان، وأما المستكره فلا يعاقب عند الحنفية، ويعاقب عند غيرهم من أئمة المذاهب، وهذه نظرة تجعل العقاب مؤيداً جزائياً لمنع الناس من تعاطي المسكرات.

وفي القانون: يعفى السكران والمستكره من العقاب الجنائي، لأن السكر كالصغر يعدم الإدراك والاختيار، وأما الإكراه فهو يفقد المستكره اختياره فعلاً أو حكماً[١].

مبادئ العقاب الجنائي في الإسلام

نتكلم هنا على أهم مبادئ المسؤولية الجنائية في الإسلام، إذ ليس من مهمتنا الكلام المفصل على الجنايات والديات وأحكامها، فكتب الفقهاء رضوان الله عليهم زاخرة بذلك فنحيل إليها، ونقتصر هنا على وضع الأسس العامة التي تسهل على الناس الاطلاع على عدالة الشريعة وحفاظها على الأنفس وتكريم الذات البشرية وتقدير أهمية وجود الإنسان في هذا الكون. وهذه المبادئ هي ما يأتي:

١- لا يطل دم إلا بحق:

أي إنه لا يستباح ولا يهدر دم إنسان إلا بحق ثابت شرعي، لأن إهدار الدماء بغير حق عدوان أثيم على أفراد البشرية. لذا حدد الإسلام بوضوح الأشخاص الذين

(١) موجز القانون الجنائي، المرجع السابق: ص٣٨١ وما بعدها، مبادئ العقوبات للفاضل: ص٤١٤.

يجوز قتلهم قصداً وهم في الأصل ثلاثة. روى الجماعة عن ابن مسعود ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة» فدل هذا الحديث على أنه لا يحل إراقة الدم عمداً أو قصداً إلا إذا كان الزاني محصناً[(١)] فيرجم بالحجارة، أو كان قاتلاً عمداً عدواناً، أو مرتداً عن الإسلام بأي ردة كانت.

وهذا الحصر الوارد في الحديث لا يمنع من إقرار مشروعية قتال الأعداء والصوال[(٢)] والبغاة[(٣)]، لأن قتلهم ليس قصداً وإنما لدفع شرهم وعدوانهم، وذلك بأدلة شرعية أخرى، فقد أقرت جميع الشرائع مبدأ الحرب الدفاعية والدفاع الشرعي عن النفس أو المال أو العرض ونحوها.

ويجب على القاضي أن يتثبت من وقوع جريمة القصاص قبل إصدار الحكم بالعقوبة، فقد نصّ الفقهاء على أنه «يجب على الإمام الاستفصال عن الأمور التي يجب معها الحد»[(٤)].

والتزم المسلمون مبدأ احترام الدماء، بعد أن كان العرب في الجاهلية يسفكون الدم الحرام لأتفه الأسباب، فجاء القرآن الكريم مبيناً خطورة الاعتداء على النفس الإنسانية، فقال سبحانه وتعالى: ﴿مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٥/ ٣٢].

واعتبر الرسول ﷺ القتل من أكبر كبائر الجرائم[(٥)]، وقال فيما يرويه النسائي:

---

(١) المحصن: هو الذي تزوج من الرجال أو النساء وحصل بينه وبين زوجه دخول ولو مرة واحدة.

(٢) الصوال جمع صائل، والصائل هو من يعدو على الناس فيعتدي عليهم في أنفسهم أو أموالهم.

(٣) البغاة: هم الثوار الذين يحاربون الجماعة ويدعون إلى قلب نظام الحكم بالقوة بتأويلات غير سائغة شرعاً.

(٤) سبل السلام: ٤/ ٧.

(٥) روى البخاري عن أنس أن النبي ﷺ قال: «أكبر الكبائر: الإشراك بالله، وقتل النفس، وعقوق الوالدين، وشهادة الزور».

«قتل المؤمن أعظم عند الله تعالى من زوال الدنيا» وقال أيضاً فيما يرويه أحمد: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام إلى يوم تلقون ربكم».

وروى البخاري ومسلم عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «أول ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء» وهذه الأحاديث كلها تدل على عظم شأن دم الإنسان.

وسار الخلفاء من بعد رسول الله على سنته، فحذروا من القتل العدوان، من ذلك ما أوصى به سيدنا علي بن أبي طالب كرم الله وجهه في كتابه المشهور الموجه إلى الأشتر النخعي واليه على مصر[١]:

«إياك والدماء وسفكها بغير حلها، فإنه ليس شيء أدعى لنقمة، ولا أعظم لتبعة، ولا أحرى بزوال نعمة، وانقطاع مدة، من سفك الدماء بغير حقها، والله سبحانه مبتدئ بالحكم بين العباد فيما تسافكوا من الدماء يوم القيامة، فلا تقوين سلطانك بسفك دم حرام، فإن ذلك مما يضعفه ويوهنه، بل يزيله وينقله، ولا عذر لك عند الله، ولا عندي في قتل العمد، لأن فيه قَوَد البدن[٢]، وإن ابتليت بخطأ، وأفرط عليك سوطك[٣] أو سيفك أو يدك بعقوبة، فإن في الوكزة فما فوقها مقتلة[٤]، فلا تطمحن بك نخوة سلطانك[٥] عن أن تؤدي إلى أولياء المقتول حقهم....»[٦].

وأعلن الفقهاء مبدأ عصمة الدماء كأصل عام بين الناس جميعاً، فقال فقهاء الحنفية: «الأصل في الدماء الحظر إلا بيقين الإباحة»[٧] وقال الحنفية: «الآدمي

(١) نهج البلاغة: ٥٩/٢ ط طرابلس الشام.
(٢) القود: القصاص، معنى الجملة: أي قتل النفس قصاصاً.
(٣) أفرط عليك: عجل بما لم تكن تريده، كأن تريد تأديباً فأعقب قتلاً.
(٤) فإن في الوكزة: تعليل لكلمة «أفرط»، والوكزة: الضربة بقبضة الكف، وهي المعروفة باللكمة.
(٥) فلا تطمحن: أي لا يرتفع بك كبرياء السلطان عن تأدية الدية إليهم في القتل الخطأ.
(٦) نهج البلاغة، المرجع السابق: ص٧٨.
(٧) القواعد لابن رجب: ص٢٣٨.

معصوم ليتمكن من حمل أعباء التكاليف، وإباحة القتل عارض سمح به لدفع شره» «الكفر من حيث هو كفر ليس علة لقتالهم».

وقال الإمام مالك: «لا ينبغي لمسلم أن يهريق دمه[١] إلا في حق، ولا يهريق دماً إلا بحق»[٢].

٢- لا يسأل أحد عن جريرة أحد، أو مبدأ الشخصية الجزائية:

أي إن العقاب في الإسلام أمر شخصي لصيق بالجاني نفسه، فلا يتحمل مسؤولية الجناية غير الجاني، وبذلك هدمت الشريعة نظام الجاهلية في أمر القتل الذي كان يعتبر جميع أفراد القبيلة مسؤولين عن جناية الواحد منها[٣]، فجاء القرآن الكريم مقرراً مبدأ المسؤولية الفردية في تطبيق عقوبة القصاص مثل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ﴾ [البقرة: ٢/١٧٨]. ﴿وَمَن قُتِلَ مَظۡلُومٗا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا فَلَا يُسۡرِف فِّي ٱلۡقَتۡلِۖ﴾ [الإسراء: ١٧/٣٣]. ﴿وَلَا تَكۡسِبُ كُلُّ نَفۡسٍ إِلَّا عَلَيۡهَاۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰۚ﴾ [الأنعام: ٦/١٦٤] وقال النبي ﷺ: «لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه، ولا بجريرة أخيه»[٤] وقال لأبي رمثة وابنه: «إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه»[٥] وقال أيضاً: «لا تجني نفس على أخرى»[٦].

---

(١) قد تبدل همزة «أراق» هاء، فيقال: هراق الماء يُهَريقُه (بفتح الهاء) على وزن دحرج يدحرج هِراقة (بكسر الهاء) أي صبه، وأصله: أراق يريق إراقة، وفيه لغة أخرى: أهرق الماء يُهْرِقَه إهراقاً على وزن أفعل يُفعل. وفيه لغة ثالثة كما ورد في عبارة مالك: أهراق يُهريق إهراقة، وفي الحديث النبوي الشريف «أهريق دمُه» (راجع المصباح والمختار).

(٢) اختلاف الفقهاء تحقيق الدكتور شخت: ص١٩٥، وانظر آثار الحرب للمؤلف: ص١٣٠-١٣٦ ط ثانية.

(٣) المسؤولية المدنية والجنائية لأستاذنا شلتوت: ص٤٧.

(٤) رواه البزار ورجاله رجال الصحيح من حديث عبد الله بن مسعود (مجمع الزوائد: ٦/ ٢٨٣).

(٥) رواه أبو داوود والنسائي من حديث أبي رمثة واسمه حبيب بن حيان (جامع الأصول: ١١/ ٩).

(٦) رواه النسائي، وأحمد ورجاله رجال الصحيح من حديث ثعلبة بن دهيم رضي الله عنه (جامع الأصول: ١١/ ١٠، مجمع الزوائد، المكان السابق).

وهذا مبدأ منطقي سليم يتجاوب مع الفطرة الإنسانية، والعقل الصحيح، ويتلاءم مع أحدث المدنيات التي توجد في هذه الحياة.

ذلكم هو مبدأ المسؤولية الشخصية أو الفردية في الإسلام فيما يتعلق بتنفيذ عقوبة القصاص أو غيره من العقوبات الشرعية، وهو الأساس العام أيضاً في القانون الجزائي الوضعي، إلا أنه قد يسأل الشخص فيه عن عمل الغير أحياناً كمسؤولية الناشر عما ينشر في صحيفته من مقالات لكاتب أو مؤلف.

أما بالنسبة للديات الواجبة في أنواع القتل الأخرى غير القتل العمد، فقد أقر الإسلام في بادئ أمره النظام العربي الذي كان متبعاً في الجاهلية القاضي بتوزيع الدية على العاقلة(١)، فيؤخذ في رأي أبي حنيفة ثلاثة أو أربعة دراهم من كل واحد من الأقارب العصبات للقاتل المخطئ لمدة ثلاث سنوات. والواجب نصف دينار من الغني، وربع دينار من المتوسط الحال في مذهب الشافعية، ويجب هذا القدر في كل سنة كالزكاة. ويفوض الأمر للحاكم بفرض ما يتحمله كل واحد في مذهب المالكية والحنابلة(٢).

ونظام العواقل هذا مستثنى من القاعدة العامة في تحمل كل مخطئ وزر نفسه، ولكن دون أن يلزم العاقلة شيء من ذنب الجاني أخروياً، والسبب في هذا الاستثناء هو مواساة القاتل ومناصرته وإعانته والتخفيف عنه، ودعم أواصر المحبة والألفة والإصلاح بين أفراد الأسرة، والحفاظ على حقوق المجني عليه حتى لا تذهب

---

(١) العاقلة: هم العصبات الرجال الأقارب من القاتل من جهة الأب كالإخوة والأعمام والآباء والأبناء. وهذا مذهب الحنفية والمالكية ورواية عن أحمد، ويشترك الجاني عندهم مع العصبات في تحمل جزء من الدية كبقية أفراد العاقلة. وأما عند الشافعية والحنابلة في رواية أخرى عن أحمد: فهم العصبات الذين يرثون من القاتل بالنسب ما عدا الأب والجد، والابن وابن الابن، لأن النبي ﷺ جعل دية امرأة مقتولة من بني هذيل على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها وولدها والأب مثل الولد لتساويهما في العصبة، ولا يتحمل الجاني عند هؤلاء شيئاً من الدية. (البدائع: ٧/ ٢٥٦، الدر المختار: ٥/ ٤٥٣ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٥، المهذب ٢/ ٢١٢ ط البابي الحلبي، المغني: ٧/ ٧٨٣ وما بعدها، ط الثالثة).

(٢) البدائع، بداية المجتهد، المكان السابق، الدر المختار: ٥/ ٤٥٤، المهذب: ٢/ ٢١٣، المغني: ٨/ ٧٨٨ ط الثالثة.

الجناية عليه هدراً إذا كان القاتل فقيراً، وأغلب الناس فقراء، فكان في ذلك النظام عدالة ومساواة في المجتمع حتى لا يحرم أحد من التعويض بسبب فقر الجاني. ثم إن هذا النظام فيه تقدير للباعث الذي يشاهد عند القاتل، إذ لولا استنصاره بأسرته واعتماده على قوتهم لتثبت في الأمر ملياً وصدرت أفعاله عن روية كاملة ووعي تام، لذا اعتبرت الشريعة أن الجناية الواقعة منسوبة ضمناً إلى كل فرد من أفراد العاقلة، فأوجبت الدية عليهم جميعاً[١].

وبالرغم من كل هذه المزايا، فإن نظام العاقلة كان مناسباً للبيئة التي كانت فيه الأسرة الواحدة المتماسكة البنيان، المتناصرة فيما بينها على السراء والضراء، أما وإنه قد تفككت الأسر، وتحللت عرى الروابط فيما بين الأقارب، وزالت العصبية القبلية، ولم يعد الاهتمام بالنسب أمراً ذا بال، فلم يبق ثمة مجال لنظام العواقل، لفقدان معنى التناصر بين أفراد الأسرة.

ولهذا جعل سيدنا عمر رضي الله عنه الديات على أهل الديوان، فصارت عاقلة الرجل أهل ديوانه[٢]: وهم المقاتلة من الرجال الأحرار البالغين العقلاء. فتؤخذ الدية من عطاياهم وتعطى لأهل المجني عليه، فدلنا هذا الفعل على أن العاقلة أو الأسرة كانت تتحمل الدية بسبب التناصر القائم بين أفرادها، ثم حلت العشيرة محل الأسرة، فقد روي أن الرسول ﷺ جعل عقل قريش على قريش، وعقل الأنصار على الأنصار[٣].

وحيث صارت النصرة معقودة بالرايات على الأعداء، صارت عاقلة الرجل أهل ديوانه[٤]. وهكذا تطور نظام العاقلة من الأسرة إلى العشيرة فالقبيلة ثم إلى الديوان، ثم إلى بيت المال.

---

(١) الجريمة والعقوبة لأبي زهرة: ص٤٢٣ وما بعدها، المسؤولية الجنائية لشلتوت: ص٣٨، التشريع الجنائي الإسلامي لعودة: ٢/١٩٨ وما بعدها.
(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه.
(٣) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه أيضاً.
(٤) البدائع: ٧/٢٥٦.

وبما أن نظام العشيرة قد زال، وبيت المال قد تغير نظامه، فإن دية القتل الخطأ أو شبه العمد أصبحت في زماننا هذا واجبة في مال الجاني وحده. قال في الدر المختار ورد المحتار[١]: إذا لم يكن للقاتل عاقلة فالدية في بيت المال، لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته، وبما أن العشائر قد وهت، ورحمة التناصر بينهم قد رفعت، وبيت المال قد انهدم، فتعين أن تكون الدية في مال الجاني[٢].

٣- الشريعة أساس الحكم على الجريمة والعقاب:

ما زالت النظم الديمقراطية تحترم مبدأ قانونية أو شرعية الجرائم والعقوبات، بمعنى تركيز سلطة التجريم في الشارع أو من يفوضه في ذلك ضمن حدود معلومة، وقد جاءت بهذا المبدأ الثورة الفرنسية، ونصت عليه وثيقة «إعلان حقوق الإنسان والمواطن» عام ١٧٨٩م في المادة الثامنة منها، وصاغه العرف القانوني بعبارة موجزة هي «لا جريمة ولا عقوبة بغير نص» والحكمة منه: كفالة حقوق الأفراد وحريتهم في أفعالهم وتصرفاتهم، إذ لو ترك أمر التجريم للقاضي لأضحى الأفراد في حيرة من أمرهم. ثم إن العدالة والمنطق يقضيان به حتى لا تواجه الدولة الأفراد بعقاب لا علم لهم به[٣].

وبما أن هذا المبدأ يؤدي إلى جمود التشريع الجنائي وتخلفه عن مسايرة التطورات الحديثة، فقد اتجه الفقه والقضاء عموماً إلى ضرورة التخفيف من حدته، وتوسيع سلطة القاضي في تقدير العقوبة أو إيقاف تنفيذها أحياناً، ولكن دون إخلال بأصل المبدأ وهو حرمان القاضي من سلطة التجريم.

وفي كتابات بعض القانونيين: اتهمت الشريعة الإسلامية جهلاً وغلطاً بأنها تترك

---

(١) ٥/٤٥٦.

(٢) ويؤكد سلامة هذا الاتجاه أن مذهب المالكية هو إيجاب غرة الاعتداء على الجنين، (نصف عشر الدية) على الجاني في ماله، لا على العاقلة (انظر بداية المجتهد: ٢: ٤٠٨، القوانين الفقهية: ص٣٤٧) كذلك قال المالكية دية الخطأ في النفس والجراح على الجاني إذا كانت أقل من ثلث الدية الكاملة (القوانين الفقهية: ص٣٤٧، ٣٥١).

(٣) موجز القانون الجنائي لأستاذنا علي راشد: ص٣٦ وما بعدها.

أمر التجريم للقاضي، ومنشأ الاتهام راجع في تقديرنا إلى ناحية تنظيمية هي: عدم وجود تقنين خاص بالجرائم والعقوبات غير المقدرة وهي التعزيرات عند المسلمين، وهذا أمر سهل جداً إذ لا مانع شرعاً من وجود مثل هذا التقنين[1]، ولا يعني عدم التقنين أن القاضي حر التصرف بالعقاب حرية مطلقة، وإنما الأمر في شأن التعازير راجع شرعاً وفقهاً لتقدير الدولة أو الحاكم العام يضع للقضاة من الأنظمة ما يراه حسب متطلبات المصلحة العامة ومقتضيات الزمان وتطور الأحداث، فمبدأ التفويض للحاكم في تقدير العقوبات التعزيرية في الإسلام هو في الأصل مبدأ دستوري تمارسه الدولة مقيدة بأحكام الشريعة، كما هو الشأن في أن لكل دولة الحقَّ في وضع القوانين الداخلية التي تريدها ضمن حدود الدستور.

ومرجع الاتهام أيضاً أو سببه: تقصير المسلمين في التعلم، فمن الفرائض الشرعية المطلوبة: تعلم كل مسلم ومسلمة، واطلاعهما على أحكام الحلال والحرام، ومن أخصها الجرائم والعقوبات في الإسلام.

وأما الشريعة: فمن كل ذلك براء، ففيها بيان تفصيلي واضح في كتب الفقهاء للجرائم والعقوبات، والقاضي لا يملك -كما أشرنا- التجريم والعقاب وفق رغبته وهواه، وإنما هو مقيد في ذلك بأحكام الشريعة وبما تضعه الدولة له من نظام، ثم يكون للقاضي سلطات تقديرية في التطبيق فقط، حسبما يرى ملائماً لظروف الجريمة والجاني، ولكن في غير دائرة الحدود والقصاص، مما هو معروف بالتعزيرات.

فمن المعروف أن الشريعة الإسلامية جاءت حرباً على الأهواء، ووضعت نظاماً دقيقاً للحياة، وسبق الفقهاء المسلمون إلى معرفة قاعدة: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» كما يتضح من القاعدتين التاليتين:

١- «لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص» أو «لا تكليف إلا بعد ورود نص» أو «لا جزاء إلا بعد الإنذار».

٢- «الأصل في الأفعال والأشياء الإباحة».

---

(١) انظر المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف٣٣٩.

ومصدر هاتين القاعدتين قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٧/ ١٥]. وقوله سبحانه: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ ٱلْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِيٓ أُمِّهَا[1] رَسُولًا يَتْلُواْ عَلَيْهِمْ ءَايَٰتِنَا﴾ [القصص: ٢٨/ ٥٩]. وقوله جل جلاله: ﴿رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌۢ بَعْدَ ٱلرُّسُلِ﴾ [النساء: ٤/ ١٦٥]، فهذه النصوص الشريفة قاطعة بأن لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار[2]. وقوله سبحانه: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢/ ٢٩]. يدل على أن الأصل في غير المنصوص على تحريمه هو الإباحة.

ومن هنا كانت فترة الجاهلية لا عقاب على الجرائم التي حدثت أثناءها، سواء أكانت الجريمة إراقة دم حرام أم غيرها.

ومجمل القول: أن الشريعة والقانون يلتقيان في أنه إذا لم يكن هناك نص مانع من شيء فهو مباح، بيد أن المنصوص عليه قانوناً صريح محصور في دائرة التقنين الموضوع، أما المنصوص عليه شرعاً فهو غير مقنن في مجموعة قانونية محددة وموحدة، فقد يكون التحريم أو التجريم والعقاب مأخوذاً من نص القرآن الكريم أو السنة النبوية، أو من إجماع الأمة أو من اجتهاد المجتهدين في الإسلام. وبناء عليه يمكن أن يكون النص الشرعي المانع صريحاً، وقد يفهم دلالة وضمناً[3] من طريق علماء الإسلام الثقات، ودورهم في الحقيقة مجرد كاشف ومظهر لحكم الله في الحادثة، ومرده في النتيجة إلى الوحي الإلهي، إذ لا بد لصحة الاجتهاد من مستند شرعي يعتمد عليه في الاستنباط[4].

ثم إن المحذور الذي يخشى منه القانونيون من مخالفة قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»: وهو أن يلجأ القاضي فيما لا نص بتجريمه إلى الأخذ بطريق القياس.. هذا المحذور قد فرغ من بحثه علماء الأصول من الحنفية الذين قرروا

---

(١) أمها: أصلها وعاصمتها.

(٢) الجريمة والعقوبة للأستاذ محمد أبي زهرة: ص١٨٥، مبادئ القانون الجزائي للدكتور عدنان الخطيب.

(٣) الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للأستاذ محمد سلام مدكور: ص٥٠٦ وما بعدها.

(٤) راجع الوسيط في أصول الفقه الإسلامي للمؤلف: ص٣٥، ١٩٤، ٢٨٨، نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص٣٤.

بصراحة عدم جواز القياس في الحدود والمقدرات الشرعية سواء بالنسبة للمجتهد الفقيه أم للقاضي، لأن القياس إنما يفيد الظن، والظن سبيل الخطأ، فكان في سلوكه شبهة، فلا يثبت من طريقه عقاب وتجريم لحادثة لا نص فيها، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، وفي هذا أكبر ضمانة أكيدة لحقوق وحريات الأفراد في تصرفاتهم وأفعالهم(١)، وأما غير تلك العقوبات المقدرة فلا يجوز لأحد قاضياً كان أو غيره أن يحل أو يحرم شيئاً برأيه.

ويمكن إيضاح ما ذكرناه عن الفقه الإسلامي بما يلي:

إن الجرائم والعقوبات محددة معروفة تماماً في الإسلام، والجرائم: هي كل ما نهى عنه القرآن الكريم أو السنة النبوية أو أبانه الفقهاء. والعقوبات في الإسلام منها ما هو مستوجب للإثم والعقاب الأخروي فقط، ومنها ما يجتمع فيه الوصفان: عقاب في الدنيا، وعقاب في الآخرة، والعقوبات الدنيوية تكون على فعل محرم أو ترك واجب، وهي نوعان: عقوبة مقدرة، وعقوبة غير مقدرة. والمقدرة تختلف مقاديرها وأجناسها وصفاتها باختلاف أحوال الجرائم وكبرها وصغرها وبحسب حال المذنب في نفسه(٢).

والعقوبات المقدرة وهي الحدود الشرعية بالمعنى الأعم لكلمة حد: سبع أو ثلاث عشرة ذكرناها في بدء الكلام على المسؤولية الجنائية، ونص عليها القرآن الكريم أو السنة النبوية، أو أجمع عليها الصحابة الكرام ومن بعدهم من الفقهاء، والحكمة من اهتمام الشارع بالنص على هذه العقوبات: هي حرصه على إقامة ركائز وحصون أساسية في حياة المجتمع لتوفير الأمن والاستقرار والطمأنينة في الأنفس والأموال والأعراض والعقول والدِّين الحق، ودرء الرذيلة والشرور والمنازعات والأمراض والفوضى الأخلاقية عن الناس في حياتهم الاجتماعية التي لا بد لها من وجود نظام صحيح غير معوج(٣).

---

(١) الوسيط المرجع السابق: ص٣٨٦ وما بعدها ط أولى.

(٢) راجع الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم: ص٢٦٥، ٢٧٠، السياسة الشرعية لابن تيمية: ص٦٣ وما بعدها.

(٣) انظر وقارن الجريمة والعقوبة لأستاذنا أبي زهرة: ص٦٠ وما بعدها.

ومن الطبيعي أن ليس للقاضي مخالفة النصوص في تجريم وعقاب هذه الحوادث التي قدر لها الشرع عقوبة معينة. هذا مع العلم بأن العقوبات المقدرة ما عدا القصاص لا يجوز شرعاً العفو عنها، ولا الشفاعة فيها، بل إنه ليس لصاحب الحق فيها إسقاطها ولا الإبراء منها، ولا الصلح والمعاوضة عنها بعد رفع الأمر فيها إلى الحاكم. وعندئذ لا يملك القاضي التدخل في شأن هذه العقوبات إلا بإصدار الحكم فيها بعد إثباتها لديه، وذلك لأنها تمس النظام العام للجماعة وهو المحافظة على الدين والنفس والعرض والعقل والمال.

وأما العقوبات غير المقدرة فهي التعزيرات، والتعزير: هو العقوبة المشروعة على معصية[١] أو جناية[٢] لا حد فيها، ولا كفارة، سواء أكانت الجناية على حق الله تعالى أي حق المجتمع كالأكل في نهار رمضان والإخلال بأمن الدولة، والتجسس، وترك الصلاة، وطرح النجاسة ونحوها في طريق الناس، أو على حق الأفراد كمباشرة المرأة الأجنبية (أي غير القريبة قرابة محرمية) فيما دون الجماع كالتقبيل والنظر واللمس والخلوة المحرمة ونحوها، وسرقة الشيء القليل الذي هو دون النصاب الشرعي المستوجب للحد، والسرقة من غير حرز حافظ للمال، والقذف بغير لفظ الزنا ونحوه من أنواع السب والضرب والإيذاء بأي وجه، كالقول: يا فاسق، يا خبيث، يا سارق، يا فاجر، يا كافر أو يا زنديق، يا آكل الربا، يا شارب الخمر ونحو ذلك، وخيانة الأمانة من الحكام وولاة الوقف ومال اليتيم، والوكلاء والشركاء، والغش في المعاملة، وتطفيف المكيال والميزان،

---

(١) المعصية أعم من الجريمة، والجريمة أخص، فالمعصية أو الخطيئة: هي مخالفة أوامر الله ونواهيه. والجريمة: هي التي لها عقوبة ينفذها القاضي، وقد عرفها الماوردي بقوله: «الجرائم: محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير» (الأحكام السلطانية للماوردي: ص٢١١ ط صبيح، الجريمة والعقوبة لأبي زهرة: ص٢٢ وما بعدها، ١٩٦) والجناية بمعنى الجريمة، وهي كل فعل محرم سواء أكان في نفس أم في مال، وتطلق في عرف الفقهاء على الفعل المحرم في النفس وما دونها من الأعضاء (مجمع الضمانات: ص١٦٥).

(٢) قد يكون التعزير من دون معصية كتعزير الصبي والمتهم، وكنفي من خيف منه فتنة بجماله مثلاً، كما فعل عمر بنفي نصر بن حجاج (رد المحتار: ٣/ ١٩٩).

وشهادة الزور، والرشوة، والحكم بغير ما أنزل الله، والاعتداء على الرعية، والدعاء بدعوة الجاهلية وعصبيتها ونحو ذلك[(١)].

وعلى هذا... فالجريمة الموجبة لعقاب التعزير أو ضابط التعزير: هو كل ما فيه اعتداء على النفس أو المال أو العرض أو العقل أو الدين مما لا حد فيه، وذلك يشمل كل الجرائم التي هي ترك واجب ديني أو دنيوي، أو فعل محرم محظور شرعاً للمصلحة العامة أو الخاصة بالشخص.

وقد وضع الحنفية ضابطاً مختصراً لجرائم التعزير، فقالوا: «يعزر كل مرتكب منكر[(٢)]، أو معصية ليس فيها حد مقدر، أو مؤذي مسلم أو غير مسلم بغير حق، بقول أو فعل أو إشارة بالعين أو باليد»[(٣)].

وهذه الضوابط أو التعريفات لجريمة التعزير، وإن كان فيها شيء من العموم والإجمال وعدم التفصيل خلافاً لما عليه القوانين العصرية، إلا أنها ليست خطيرة، لأن مرجع القاضي في التجريم ليس أساسه العقل والهوى الشخصي، وإنما يتقيد في ذلك بأوامر ونواهي الشرع في القرآن والسنة، ويهتدي بما أجلاه الفقهاء تماماً في هذا الشأن، فما قبحه الشرع فهو قبيح، وما حسنه الشرع فهو حسن. وحكم الشرع دائماً وأبداً مقيد بالمصلحة العامة ودفع الضرر العام، فإن لم تكن مصلحة عامة أو ضرر عام، روعيت المصلحة الشخصية.

وأما العقوبات التعزيرية فهي كالتوبيخ، أو الزجر بالكلام، أو الحبس، أو النفي عن الوطن، أو الضرب، وقد يكون التعزير بالقتل إذا كانت الجريمة خطيرة تمس أمن الدولة أو النظام العام في الإسلام مثل قتل المفرِّق لجماعة المسلمين، أو الداعي إلى غير كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، أو التجسس، أو انتهاك عرض امرأة بالإكراه إذا لم يكن هناك وسيلة أخرى لقمعه وزجره[(٤)].

---

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية: ص١١١ وما بعدها، ط ثالثة، الحسبة لابن تيمية: ص٤٦، الدر المختار: ٣/١٩٩ وما بعدها، المهذب: ٢/٢٨٨، الشرح الكبير: ٤/٣٥٤.

(٢) المنكر: هو كل خطيئة لا حد فيها.

(٣) الدر المختار، المكان السابق.

(٤) الدر المختار: ٣/١٩٦ وما بعدها، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٤/٣٥٥، القوانين =

فالعقوبات التعزيرية محددة معروفة في الشريعة كما بين الفقهاء في كتبهم، وليس للقاضي الحكم بعقوبة غير مألوفة شرعاً. وكل ما في الأمر أنه ليس هناك تقدير في أنواع التعزيرات بحسب كل جريمة على حدة، وإنما يفوض الرأي للقاضي في اختيار نوع العقوبة الملائم قدرها للجناية، وبحسب ظروف الجاني وأحواله تغليظاً أو تخفيفاً: لأن المقصود من التعزير هو الزجر، والناس يتفاوتون بتفاوت مراتبهم فيما يحقق هذا الهدف المقصود من العقاب، ولأنه قد تحدث جرائم لم يألفها الناس حسبما تقتضي طبيعة التطورات الاجتماعية والاقتصادية، وقد يتفنن المجرمون في ابتكار ألوان مختلفة لجريمة واحدة، قال عمر بن عبد العزيز: «سيحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور». وإذا حكم القاضي بالضرب فليس لأقله حد معين، وإنما يفعل ما يراه محققاً للمصلحة والزجر، وأما أقصى الضرب: فهو مقيد بألا يتجاوز مقداراً معيناً وهو ما دون أقل الحدود الشرعية، لقوله ﷺ: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»(١). لكن اختلف الفقهاء في أكثر الضرب، فقال أبو حنيفة ومحمد والشافعية والحنابلة: لا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود الشرعية وهو أربعون جلدة، وإنما ينقص منه سوط واحد فلا يتجاوز الحكم تسعة وثلاثين سوطاً.

وقال أبو يوسف: لا يبلغ بالحد ثمانين، وينقص منه خمسة أسواط، فلا يتجاوز خمسة وسبعين سوطاً.

وقال المالكية: يجوز التعزير بمثل الحدود وأقل وأكثر حسب الاجتهاد(٢).

= الفقهية: ص٣٥٨، المهذب: ٢/ ٢٢٢، ٢٨٩، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٣٥١، مغني المحتاج: ١٩١/٤ وما بعدها، المغني: ٨/ ٣٢٤ وما بعدها، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم: ص٢٦٥، الحسبة لابن تيمية: ص٤٦-٤٨، التعزير في الشريعة للدكتور عبد العزيز عامر: ص٢٥٤ وما بعدها.

(١) رواه البيهقي عن النعمان بن بشير، وهو حديث مرسل.

(٢) راجع الخلاف في البدائع: ٧/ ٦٤، فتح القدير: ٤/ ٢١٤، تبيين الحقائق: ٣/ ٢٠٩، رد المحتار والدر المختار: ٣/ ١٩٤، الشرح الكبير: ٤/ ٣٥٥، القوانين الفقهية: ص٣٥٨، المهذب: ٢/ ٢٨٨، المغني: ٨/ ٣٢٤، السياسة الشرعية لابن تيمية: ص١١٢، الطرق الحكمية: ص٢٦٥، الأحكام السلطانية للماوردي: ص٢٢٩.

ومن صفات التعزير عند الحنفية والشافعية أنه ليس واجباً على القاضي الحكم به، وإنما يجوز له العفو عنه وتركه إذا لم يتعلق به حق شخصي لإنسان معين، لما روي أن النبي ﷺ قال: «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم، إلا في الحدود»[١]. وهذا يدلنا على أنه يراعى في التعزير مصلحة المتهم، ويسلك معه مسلك التخفيف.

يظهر من كل هذا أن العقوبات التعزيرية في الإسلام تتصف بصفة المرونة في التطبيق، فتترك للقاضي الحرية في اختيار نوع العقاب الملائم، أو الإعفاء من العقوبة، وليس للقاضي سلطة في التجريم والعقاب كيفما يشاء، وإنما هو مقيد في حكمه بأوامر الشرع وقواعده[٢]. وهذا أسمى ما ينشده القانونيون من التخفيف من حدة مبدأ قانونية الجرائم، وإعطاء سلطات تقديرية للقاضي في العقاب، مثل ترتيب العقوبة بين حد أقصى وحد أدنى يتراوح بينهما تقديره، أو ائتمانه على تطبيق نظام الظروف المخففة أو تخويله سلطة الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة في بعض الأحوال. وبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد ابتدأت في العقوبات التعزيرية بما انتهت إليه القوانين الحديثة - على حد تعبير أستاذنا الشيخ محمد أبي زهرة[٣].

٤- الحاكم هو الذي يتولى تطبيق العقاب الجنائي:

إن الحاكم أو نائبه هو الذي يختص بتطبيق العقوبات الجنائية، سواء أكانت مقدرة أم غير مقدرة، حفظاً للنظام، ومنعاً من الفوضى، ودرءاً للفساد وانتشار المنازعات بين الناس، قال الكاساني: يقيم الحد الإمام أو من ولاه الإمام[٤]، وقال الماوردي: «مما يلزم الحاكم من الأمور العامة: إقامة الحدود لتصان محارم الله تعالى عن الانتهاك، وتحفظ حقوق عباده من إتلاف واستهلاك»[٥].

---

(١) رواه أحمد وأبو داوود والنسائي وابن عدي والعقيلي من حديث عائشة، وفي إسناده مقال بالطعن وصححه ابن حبان.

(٢) الجريمة والعقوبة لأستاذنا محمد أبي زهرة: ص١٩٩.

(٣) راجع الجريمة والعقوبة له: ص١٨٤.

(٤) البدائع ٧/ ٩٦، وانظر صلاحيات الحاكم في حجة الله البالغة: ٢/ ١٣٢ ومنها إقامة الحدود.

(٥) الأحكام السلطانية: ص١٤.

وقال الدردير المالكي: «لا يجوز لأحد تأديب أحد إلا الإمام أو نائبه...أو الزوج لنشوز زوجته أو تركها نحو الصلاة إذا لم ترفع للإمام، أو الوالد لولده الصغير أو معلماً»[١]. وقال محب الدين الطبري: «وعلى الغاصب التعزير لحق الله تعالى، واستيفاؤه للإمام»[٢].

وبناء عليه فلا يجوز لإنسان عادي القيام بتنفيذ العقوبة الجنائية، حتى تصان الحقوق وتحفظ النفوس من الاعتداءات عليها، ولأن عقوبة الجلد مثلاً تحتاج إلى معرفة شرائط معينة لها لا يحسنها الناس عادة، فيخصص لها جلاد معين. لذا حرم الإسلام عادة الأخذ بالثأر التي كانت سائدة في الجاهلية بين القبائل العربية، إذ لا فائدة منها سوى توسيع دائرة القتل، وتجاوز الحدود اللازمة، وتوالي الويلات والجرائم، وتوليد الأحقاد، وإثارة العداوات التي لا تكاد تنتهي، فإذا لم يضع الحاكم حداً لجريمة قتل واحدة، تعددت حوادث القتل، وفشا وباء إراقة الدماء، وعندئذ يتهدد أمن المجتمع بأسره، وصدق الله تعالى حيث قال: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَٰبِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٩].

وقال العز بن عبد السلام: «لا يستوفي أحد حق نفسه بالضرب... ومن قدر على استيفاء حق له مضبوط معين، فله استيفاؤه كانتزاع المغصوب من غاصبه، والمسروق من سارقه، ويستثنى من ذلك القصاص لا يستوفىٰ إلا بحضرة الإمام، لأن الانفراد باستيفائه محرك للفتن، ولو انفرد بحيث لا يرى فينبغي ألا يمنع منه، ولا سيما إذا عجز عن إثباته، وكذلك لا يستوفىٰ حد القذف إلا بحضرة الإمام، ولا ينفرد مستحقه باستيفائه، لأنه غير مضبوط في شدة دفعه وإيلامه، وكذلك التعزير لا يفوض إلى مستحقه، إلا أن يضبطه الإمام بالحبس في مكان معلوم في مدة معلومة، فيجوز له أن يتولاه المستحق»[٣].

وإذا كانت الشريعة تجعل حق القصاص لولي الدم وهو وارث القتيل فذلك يعني

---

(١) الشرح الكبير: ٤/ ٣٥٤.

(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٢٧٧.

(٣) قواعد الأحكام: ٢/ ١٦٧ وما بعدها.

إعطاءه حق تنفيذ القتل تحت إشراف الحاكم دون أن يتدخل في إثبات الجريمة ونحوه، فالإثبات وإصدار الحكم بالقصاص من صلاحيات القاضي، وتنفيذ القتل أو استيفاء القصاص - بتعبير الفقهاء - مشروط بحضور الحاكم[١] حسماً للفوضى والنزاع، فيمكّن مستحق القصاص من استيفائه إذا كان يحسن القتل، لأن في ذلك الأسلوب شفاءً لألم المصاب دون ضرر بالجاني، بل وأدعى لرحمة ولي الدم وعفوه عن القاتل عندما يراه تحت سلطته، ولكن على القاضي أن يتفقد آلة القتل منعاً للتعذيب، لأن الإسلام أمر بإحسان القتلة، روى شداد بن أوس أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذِّبْحة، وليُحد أحدكم شفرته، وليريح ذبيحته»[٢].

٥- تكافؤ الدماء والمساواة في العقوبات:

الناس جميعاً في تقدير الشريعة متساوون في الحقوق والواجبات وفي الحدود وسائر العقوبات وفي تكافؤ الفرص، لا فرق بين غني وفقير، وشريف ووضيع، وحاكم ومحكوم، وزعيم وتابع أو سيد ومسود، والدماء متساوية بين السليم والمريض، والعالم والجاهل والعاقل والمجنون، والكبير والصغير، والرجل والمرأة، والمسلم والمواطن المعاهد والجماعة والواحد[٣]، فإذا اعتدى واحد على آخر فقتله، يقتص منه تحت رقابة ولي الأمر دون تفرقة في الجنس أو الجنسية أو العنصر والعرق، أو اللون أو الدين. والمساواة لازمة أيضاً بين الجريمة والعقاب حفاظاً على أمن المجتمع والجماعة، والفرد والأسرة، وتحقيقاً لأصول الحرية، وصوناً للكرامة الإنسانية، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ

---

(١) هذا رأي الحنفية والمالكية والحنابلة (راجع المغني: ٧/ ٩٦٠، تحفة الفقهاء: ٣/ ٢٢٦ ط أولى) وقال الشافعية في الأصح: لا يشترط حضور الحاكم أي رئيس الدولة، بل يكفي إذنه، لكن يسن حضوره أو نائبه وحضور شاهدين وأعوان الحاكم (أي الشرطة) (راجع مغني المحتاج: ٤/ ٤١).

(٢) رواه مسلم في صحيحه.

(٣) البدائع: ٧/ ٢٣٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤/ ٣٥٤.

﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٨] وبهذا المبدأ وحده لما فيه من عدالة وخير ودون إسراف في الانتقام يرتدع الجناة، ويشفي قلب المجني عليه ويذهب حقده وغليله، وتهدأ نفسه، ويطمئن الناس إلى عدالة القضاء.

وبناء عليه يجري القصاص بين الولاة والعمال ورعيتهم، وبين الحكام والرعية لعموم الآيات والأخبار النبوية، قال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٥/ ٤٥] وقال النبي ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، وهم يد على من سواهم..»(١).

وثبت عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لرجل شكا إليه عاملاً (موظفاً) أنه قطع يده ظلماً: «لئن كنت صادقاً لأقيد بك منه» أي لأقتص لك منه.

وثبت أن عمر رضي الله عنه كان يقيد من نفسه، وروى أبو داوود قال: «خطب عمر، فقال: إني لم أبعث عمالي ليضربوا أبشاركم، ولا ليأخذوا أموالكم، فمن فعل به ذلك، فليرفعه إلي أقصه منه، فقال عمرو بن العاص: لو أن رجلاً أدب بعض رعيته تقصه منه؟! قال: إي (أي نعم) والذي نفسي بيده أقصه منه، وقد رأيت رسول الله ﷺ أقص من نفسه»(٢). وفي كتاب عمر إلى سعد بن أبي وقاص: «إن الله ليس بينه وبين أحد نسب إلا بطاعته، والناس شريفهم ووضيعهم في ذات الله سواء».

ومن واقع السنة النبوية أن امرأة من بني مخزوم اسمها فاطمة سرقت مع أنها ذات حسب ونسب، فاهتمت قريش لها، وقالوا: من يكلم رسول الله ﷺ ومن

---

(١) رواه أبو داوود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وأخرج أحمد وأبو داوود والنسائي عن علي رضي الله عنه بلفظ «المؤمنون تتكافأ دماؤهم...» إلخ. أي لا تزيد دية الشريف على دية الوضيع (فتح القدير: ٣/ ٢٩٨).

(٢) راجع المغني: ٧/ ٦٦٣ ط ثالثة، وآخر كلام عمر إشارة إلى قول الرسول ﷺ واستعداده للقصاص وهو «ألا من كنت جلدت له ظهراً فهذا ظهري فليستقد، ومن كنت شتمت له عرضاً، فهذا عرضي فليستقد منه» أي فليقتص منه.

يجترئ عليه إلا أسامة حِبُّ رسول الله ﷺ؟ فكلم رسول الله ﷺ في أمر هذه المرأة المخزومية، فغضب، وقال مخاطباً أسامة بن زيد: «أتشفع في حد من حدود الله؟» ثم قام فخطب فقال: «يا أيها الناس إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت، لقطعتُ يدها، فقطع يد المخزومية»[(١)].

وفي حديث نبوي آخر: «من حالت شفاعته دون حد من حدود الله، فقد ضادَّ الله في أمره»[(٢)].

٦- القصاص لا يتجزأ:

يعني أن القصاص أو الإعدام لا يقبل بطبيعته التجزئة، فلا يمكن استيفاء بعض القصاص دون بعض، إذ إن القضية إما موت وإمّا حياة، فإما أن يطبق إذا لم يكن هناك مانع شرعي من تطبيقه، ولو اشترك في الجريمة أكثر من واحد، وإما ألا يطبق.

وبناء عليه إذا ثبت حق القصاص لجماعة فهو حق كامل يستقل به كل واحد منهم بالمطالبة به، لنشوئه عن سبب لا يتجزأ، وللحنفية عبارة فقهية في هذا الشأن هي: «الأصل أن كل ما لا يتجزأ من الحقوق إذا ثبت لجماعة، وقد وجد سبب ثبوته في حق كل واحد منهم، يثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال كأنه لا يشاركه فيه غيره، كولاية التزويج بالنسبة إلى الأولياء على القصر، وولاية منح الأمان للحربيين»[(٣)].

مثاله: إذا كان مستحقو القصاص متعددين وفيهم صغير أو مجنون فللكبار عند أبي حنيفة والمالكية[(٤)] القصاص دون انتظار كبر الصغير وصحو المجنون، لأن حق القصاص ثابت لكل واحد من الورثة مستقلاً عن غيره بسبب واحد وهو القرابة،

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد والنسائي من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٢) أخرجه أبو داوود والحاكم وصححه من حديث ابن عمر رضي الله عنه.
(٣) الدر المختار: ٥/ ٣٨٣ ط البابي الحلبي، البدائع: ٧/ ٢٤٢.
(٤) البدائع: ٧/ ٢٤٢- ٢٤٤، الشرح الكبير: ٤/ ٢٥٧.

ولأن القصاص لا يقبل التجزئة. ويؤيده ما روي عن علي ﷺ أنه قال لابنه الحسن عندما ضربه ابن ملجم لعنه الله: «إن شئت فاقتله، وإن شئت فاعف عنه، وأن تعفو خير لك» فقتله الحسن وكان في ورثة علي صغار.

وأما الغائب فينتظر قدومه لاحتمال عفوه، إلا أن المالكية اشترطوا أن يكون قدومه قريب الحصول، فإن كانت الغيبة بعيدة جداً وميؤوساً من عودته فلا ينتظر.

وقال الشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية[(١)]: لا يجوز لبعض ورثة القتيل استيفاء القصاص إلا بإذن الباقين، فإن كان أحدهم غائباً أو صغيراً أو مجنوناً، ينتظر قدومه أو بلوغه أو إفاقته، لأن القصاص حق مشترك بينهم، وهو للتشفي فيفوض أمره إلى كل مستحق.

ولهذه القاعدة أمثلة أخرى منها:

- إذا عفا أحد الورثة المستحقين للقصاص حتى ولو زوجاً أو زوجة صح عفوه، وسقط القصاص في قول أكثر العلماء منهم أئمة المذاهب الأربعة[(٢)]، لأن العفو عن القاتل أورث شبهة في الاستحقاق، والقصاص لا يستوفى مع الشبهة، ولأن العفو أسقط نصيب العافي، فيسقط نصيب الآخر، لعدم إمكان تجزئة القصاص كما ذكرنا. وروى زيد بن وهب «أن عمر أتي برجل قتل قتيلاً، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه، فقالت امرأة المقتول وهي أخت القاتل قد عفوت عن حقي، فقال عمر: الله أكبر عتق القتيل»[(٣)].

- إذا اشترك اثنان فأكثر في قتل شخص، يقتلون جميعاً باتفاق علماء المذاهب الأربعة[(٤)]، لأن زهوق الروح لا يتجزأ، ولا يمكن قسمته بين الجناة الشركاء في الجناية، واشتراك الجماعة في أمر لا يتجزأ يوجب عقاباً كاملاً في حق كل منهم،

---

(١) مغني المحتاج: ٤/ ٤٠، المغني: ٧/ ٧٣٩ وما بعدها، الدر المختار المكان السابق.

(٢) المراجع السابقة، البدائع: ص٢٤٧، المغني: ص٧٤٢.

(٣) رواه أبو داوود.

(٤) البدائع ٧/ ٢٣٨ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٣٩٥، تبيين الحقائق: ٦/ ١١٤ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٤٥، المهذب: ٢/ ١٧٤، مغني المحتاج: ٤/ ١٢، المغني: ٧/ ٦٧١، الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص٢٥٩، التشريع الجنائي لعودة: ١/ ٤٠.

كأنه لا يشاركه فيه غيره، وهذا الحكم ثبت بإجماع الصحابة، لما روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب ﷺ قتل سبعة أنفس من أهل صنعاء قتلوا رجلاً، وقال: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً».

إلا أن الفقهاء اختلفوا في تحديد المقصود من التمالؤ: فقال أبو حنيفة والشافعية والحنابلة في الأرجح عندهم: هو توافق إرادات الجناة على الفعل دون أن يكون بينهم اتفاق سابق، وذلك بشرط أن يفعل كل واحد منهم فعلاً لو انفرد به أدى فعله إلى الموت، كأن يجرح كل منهم مثلاً جرحاً مهلكاً.

وقال مالك: إن التمالؤ يتطلب اتفاقاً سابقاً على ارتكاب الفعل بأن يقصد الجميع الضرب، ويحضروا الجناية، وإن لم يتول القتل إلا واحد منهم، والآخر كان رقيباً مثلاً، بشرط أن يكونوا بحيث لو استعين بهم أعانوا.

ويقتل عنده أيضاً الجمع غير الممالئين بقتل شخص واحد إذا ضربوه عمداً عدواناً ومات مكانه، ولم تتميز الضربات، أو تميزت ولكن لم تعرف الضربة القاتلة.

ويلاحظ أن القانون الجزائي في مصر وسورية توسع في نظرية الاشتراك أكثر مما عليه الفقه الإسلامي، إذ إن الفقه والقانون يتفقان في حال المساهمة بصفة أصلية، أي اشتراك عدة فاعلين في ارتكاب ذات الجريمة.

أما إذا اشترك الجاني بصفة ثانوية، فإن الشريك يعاقب قانوناً عقاب الفاعل الأصلي إذا لعب دوراً على مسرح الجريمة بالتحريض أو المساعدة أو الاتفاق[1]. أما شرعاً فلا يعتبر التحريض من دون مساعدة مستوجباً لعقاب الفاعل الأصلي، ومذهب المالكية في ذلك هو أقرب المذاهب الفقهية إلى القانون. ويمكن اعتبار عقوبة الإعدام للشريك في القانون داخلة تحت عقوبة التعزير المقررة له عند غير المالكية.

إذا اشترك اثنان في قتل رجل: أحدهما ممن يجب القصاص عليه لو انفرد بالجريمة وحده، والآخر لا يجب عليه لو انفرد لعدم انطباق شروط القصاص عليه

---

(١) موجز القانون الجنائي للدكتور علي راشد: ص٢١٠، ٢١٥.

السابق ذكرها[١]، مثل اشتراك صبي مع بالغ، ومجنون مع عاقل، ومخطئ مع عامد في قتل شخص، أو اشتراك والد مع شخص آخر أجنبي في قتل الابن، أو اشتراك زوج مع أجنبي في قتل زوجة وله منها ولد، أو اشتراك رجل مع سبع أو حية في إماتة إنسان كأن يجرحه سبع أو تلدغه حية، ويجرحه إنسان عمداً فيموت بسببهما، أو يجرح الشخص نفسه ويجرحه أجنبي أيضاً فمات، ففي كل هذه الحالات لا قصاص في مذهب الحنفية والحنابلة[٢] على من توافرت فيه شرائط القصاص، لوجود الشبهة في فعل كل واحد منهما، ولا يطبق القصاص مع الشبهة، لكن تجب الدية عليهما[٣].

وقال المالكية: إن اشترك في القتل عامد ومخطئ، أو مكلف وغير مكلف إن تمالآ على قتله مثل عامد وصبي، أو عامد ومجنون، فعلى العامد القصاص، وعلى المخطئ والصبي نصف الدية، رعاية للمصلحة وصيانة للدماء، فكأن كل واحد منهما انفرد بالجريمة[٤].

وقال الشافعية: لا يقتل شريك المخطئ وشبه العمد بسبب الشبهة في القصاص، وإنما تجب الدية عليهما، ويقتل شريك الأب في قتل ولده، وشريك جارح نفسه كأن جرح الشخص نفسه وجرحه غيره، فمات بهما، وكذلك يقتل شريك دافع الصائل[٥] في الأظهر، وشريك صبي مميز أو مجنون، وشريك السبع والحية القاتلين غالباً، لصدور الجريمة منه وهو القتل العمد، وأما امتناع القصاص على الآخر فهو لعذر أو مانع خاص به، فلا يتعدى إلى الآخر، ويجب عليه القصاص جزاء لفعله[٦].

---

(١) وهي في القاتل خمسة: أن يكون عاقلاً، بالغاً، متعمداً القتل قاصداً إياه، وعامداً عمداً محضاً لا شبهة فيه، مختاراً غير مستكره.

(٢) البدائع: ٧/ ٢٣٥، الفتاوى الهندية: ٦/ ٤، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٣٩٧، المغني: ٧/ ٦٧٧، ٦٨١ لكن شريك الأب عليه القصاص عند الحنابلة.

(٣) ويلاحظ أن حال اشتراك الشخص مع سبع أو حية فيه وجهان عند الحنابلة: أحدهما: لا قصاص على الإنسان، والثاني: عليه القصاص.

(٤) بداية المجتهد: ٢/ ٣٨٩، ٤٠٥، الشرح الكبير للدردير: ٤: ٢٤٦ وما بعدها.

(٥) أي المدافع عن نفسه أو ماله أو عرضه ضد الباغي المعتدي.

(٦) مغني المحتاج: ٤/ ٢٠، المهذب: ٢/ ١٧٤.

وكما أن القصاص لا يتجزأ فكذلك **عقاب الحد لا يتجزأ**، فلو اشترك صبي أو مجنون مع كبار بالغين في سرقة أو في حرابة لا يقام الحد عند أبي حنيفة وصاحبه محمد على أحد من الكبار، لأن اشتراك الصبي أو المجنون معهم أوجد شبهة في تحقق واكتمال معنى الجريمة[١].

٧- إذا سقط الحق الخاص في العقاب بقي الحق العام:

العفو عن القصاص والعقوبات لازم كالإبراء عن الديون لا يقبل الرجوع، أي إنه من التصرفات التي لا تحتمل الفسخ[٢]. وقد أجمع العلماء على جواز العفو عن القصاص، وأنه أفضل من القصاص، والدليل على مشروعيته قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ۖ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَـٰنٍ ۗ﴾ [البقرة: ٢/١٧٨]. وفي آية أخرى: ﴿فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ۚ﴾ [المائدة: ٥/ ٤٥]. وقال أنس بن مالك: «ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو»[٣].

فإذا صدر العفو من أحد أولياء الدم، قال الحنفية والمالكية[٤]: سقط القصاص، ولم يجب على القاتل دية، لأن حق ولي الدم ثبت في ذات القصاص عيناً أي متعيناً فيه، ومن له حق في شيء فأسقطه، سقط مطلقاً كالإبراء عن الدين ونحو ذلك، فلا دية لعاف عن القاتل إذا لم يصرح حال العفو بدية ولا غيرها، أو لم تظهر قرائن تدل على إرادته الدية. وكذلك قال الشافعية: لو أطلق الولي العفو عن القود، ولم يتعرض للدية بنفي ولا إثبات، فالمذهب لا دية، لأن القتل العمد لم يوجب الدية، والعفو إسقاط شيء ثابت، لا إثبات معدوم غير موجود[٥].

---

(١) البدائع: ٧/ ٦٧، ٩١.

(٢) هناك تصرفات لا تحتمل الفسخ مثل الطلاق والنكاح والظهار واليمين والعفو عن القصاص (راجع قواعد الأحكام: ٢/ ١٢٨، حاشية ابن عابدين: ٥/ ٧٦).

(٣) رواه أبو داوود.

(٤) البدائع: ٧/ ٢٤٧، الدر المختار: ٥/ ٣٧٦، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٣٩ وما بعدها.

(٥) مغني المحتاج: ٤/ ٤٩.

وقال الإمام أحمد في رواية عنه مثل قول المذاهب السابقة: وهو أن موجب القتل العمد القصاص عيناً، لقوله عليه السلام: «من قتل عمداً فهو قود»[١] وروي عنه رواية أخرى: وهي أن الواجب بالقتل العمد أحد شيئين: القصاص أو الدية.

والخلاصة: أن الواجب بالقتل العمد شيء معين هو القود عند أئمة المذاهب، وأن أثر العفو سقوط العقوبة التي أوجبتها الجناية، فإن تم العفو بشرط الدية أو بالصلح وجب ما تم عليه الاتفاق، وإن لم يقبل الجاني برضاه أو المصالح دفع الدية فلا يلزم ولا يثبت الحق في الدية حينئذ، لأن ذلك معاوضة فلا بد من تراضي الطرفين. وصاحب الحق في القصاص ولي الدم[٢] لا السلطان، فإذا حدث العفو لم يكن للحاكم المنع منه وإن طلب القصاص لم يجز تركه.

وإذا سقط عقاب القصاص أو غيره من حقوق الشرع الخالصة بعفو صاحب الحق فيه أو بسبب آخر، بقي حق المجتمع الذي يمثله الحاكم، فله تعزير الجاني بالجلد أو بالسجن أو بما يراه محققاً للمصلحة العامة، لأن للجماعة حقاً في أصل العقاب للتأديب والزجر، إذ إن القصاص مما اجتمع فيه حقان: حق الله أو حق المجتمع، وحق المجني عليه. وهذا بمقتضى السياسة الشرعية في مذهب الحنفية والمالكية، لكن الإمام مالك حدد نوع التعزير فقال: إذا عفا ولي الدم عن القاتل عمداً، يبقى للسلطان حق فيه، فيجلده مئة ويسجنه سنة[٣].

وقال الشافعية والحنابلة: إذا عفي عن القاتل مطلقاً، صح العفو، ولم تلزمه عقوبة أخرى، وذكر الماوردي الشافعي أن لولي الأمر في الأظهر أن يعزر الضارب والشاتم بعد أن عفا المضروب والمشتوم، لأن للسلطة حقاً في التقويم والتهذيب، وذلك من حقوق المصلحة العامة[٤].

---

(١) أخرجه أبو داوود والنسائي وابن ماجه من حديث ابن عباس.

(٢) أولياء الدم: هم الورثة على ترتيب الإرث والحجب حتى الزوجان، وهذا رأي الحنفية والشافعية والحنابلة. وقال المالكية: أولياء الدم هم الذكور العصبة دون البنات والأخوات والزوجين (القوانين الفقهية: ص٣٤٦).

(٣) التلويح على التوضيح: ٢/ ١٥٥، بداية المجتهد: ٢/ ٣٩٦، المسؤولية المدنية والجنائية للشيخ شلتوت: ص٥١ وما بعدها.

(٤) المغني: ٧/ ٧٤٥، الأحكام السلطانية: ص٢٢٩.

وهكذا الحكم في كل التعزيرات فيها حقان: حق للمعتدى عليه، وحق للسلطان للتقويم والتهذيب، وإذا سقط الحق الخاص، لم يسقط الحق العام. وقال أبو يعلى الحنبلي: «أما حق السلطنة، فهل يسقط بعفو صاحب التعزير إذا كان السلطان يرى أن المصلحة في استيفائه؟ ظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى: أنه يسقط، لأنه لم يفرق. ويحتمل ألّا يسقط للتهذيب والتقويم»[١].

أما الحدود فلا يجوز العفو عنها، ولا الشفاعة فيها، لأنها من حقوق الله، أي من حقوق المجتمع أو من النظام العام. قال النووي في المنهاج: لو عفا مستحق حد فلا تعزير للإمام في الأصح، ولو عفا مستحق تعزير فللإمام التعزير في الأصح[٢]. لكن إذا لم تتوافر شرائط القصاص أو الحد، فللحاكم معاقبة المتهم بالتعزير والتغريم المالي أو الضمان.

٨- لا قصاص في الجروح حتى يبرأ المجني عليه:

يقتص من الجارح للمجروح بشرط إمكان تحقيق التماثل بين الجريمة وعقوبتها، لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٥/ ٤٥]. أي ذات قصاص، ولأن القصاص مبني على المماثلة كما أشرنا إليه سابقاً، فكل ما أمكن رعاية المماثلة فيه يجب القصاص، وما لا فلا[٣].

وعلى هذا ففي قصاص الأعضاء الذي يظهر فيه أثر مبدأ التماثل: تقطع اليد باليد إن كان القطع من المفصل، فلو كانت جريمة القطع من نصف الساعد أو الساق أو من قصبة الأنف، أو بكسر العظم أو الضلع، لم يطبق القصاص، لعدم إمكان تحقيق المماثلة في القصاص، إذ إنه قد يكسر زيادة من عضو الجاني، أو يقع فيه خلل زائد، أو عطل دائم. وكذا الأمر في كل شجة في الرأس أو في غيره

---

(١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص٢٦٦.
(٢) راجع مغني المحتاج شرح المنهاج: ٤/ ١٩٣.
(٣) تبيين الحقائق: ٦/ ١١١.

يراعى مبدأ المماثلة، كما أنه في المذاهب الأربعة لا تقطع اليد السليمة باليد الشلاء لعدم تحقق التساوي في المنفعة[١].

لكن مبدأ تطبيق القصاص في الأعضاء والجروح مقيد بأن يبرأ الجرح حتى يعرف مآل الجراحة، إذ قد تسري الجراحات إلى النفس فيحدث القتل، فلا يعلم أنه جرح إلا بالبرء، فلا يجوز عند جمهور الفقهاء القصاص في الأعضاء إلا بعد اندمال الجرح وشفائه، وعبارتهم في هذا: «لا يقاد بجرح إلا بعد برئه»[٢]، لأن النبي ﷺ: «نهى أن يستقاد من الجروح حتى يبرأ المجروح»[٣].

وقال الشافعية: إن كان القصاص في الأعضاء، فالمستحب فقط ألا يستوفى إلا بعد استقرار الجناية بالاندمال أو بالسراية إلى النفس[٤]، لما روى عمرو بن دينار عن محمد بن طلحة قال: طعن رجل رجلاً بقرن في رجله، فجاء النبي ﷺ فقال: «أقدني، فقال: دعه حتى يبرأ، فأعادها عليه مرتين أو ثلاثاً، والنبي ﷺ يقول: حتى يبرأ، فأبى، فأقاده منه، ثم عرج المستقيد، فجاء النبي ﷺ، فقال: برئ صاحبي، وعرجت رجلي، فقال النبي ﷺ: لا حق لك».

وبناء عليه إن استوفي القصاص قبل اندمال الجرح وشفائه، جاز ذلك عند الشافعية.

٩- عمد الصبي وخطؤه سواء:

قال الحنفية والمالكية والحنابلة: إن عمد الصبي خطأ؛ أي في حكم الخطأ بالنسبة إلى وجوب المال والتزامه به ومثله المجنون والمعتوه، فإذا جنى أحدهم جناية عمداً لا قصاص عليه، وكانت عاقلته (أي العصبة) في الماضي هي التي تتحمل الدية، لأنه لم يتحقق منه كمال القصد أو نية العمد، لقصور أهليته وعقله

---

(١) المرجع السابق، الدر المختار: ٥/ ٣٩٠ وما بعدها، درر الحكام: ٢/ ٩٥، المهذب: ٢/ ٢٠٦، المغني: ٧/ ٧٣٣.

(٢) تبيين الحقائق: ٦/ ١٣٨، الدر المختار ورد المحتار، المكان السابق، ص٤١٥، المغني: ٧/ ٧٢٩، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٠.

(٣) رواه أحمد والدارقطني من حديث جابر، وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٤) المهذب: ٢/ ١٨٥.

وعدم مسؤوليته عن التكاليف الشرعية. فصار كالنائم وأشبه فعله الخطأ. ويؤيده أن مجنوناً صال على رجل بسيف فضربه، فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه، فجعل ديته على عاقلته بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، وقال: عمده وخطؤه سواء[١].

وقال الشافعية: الأظهر أن عمد الصبي عمد إذا كان مميزاً، وإلا فهو خطأ، يعني أنه لا قصاص عليه لعدم تكليفه بالحلال والحرام شرعاً، لكن تجب الدية في ماله، ولا تتحملها عنه عاقلته[٢]، إذ من المعروف أن العاقلة لا تتحمل دية القتل العمد أو حالة الصلح[٣] أو الاعتراف[٤]. وبما أن فعله يعتبر عمداً في الأرجح عند فقهاء الشافعية، فلا تتحمل العاقلة دية القتيل الذي جنى عليه.

ولهذا قال الشافعية فيما سبق ذكره: يقتص من شريك الصبي والمجنون لأن عمدهما عمد، فكان الشريكان عامدين، فيقتل البالغ العاقل ولا يقتل الصبي ونحوه لعدم التكليف الشرعي له بأحكام الحرام في الإسلام.

١٠- درء العقوبات الشرعية المقدرة بالشبهات:

يحتاط في تطبيق العقوبات الشرعية، سواء أكانت حدوداً (حد الزنا، حد القذف، حد السرقة، حد الحرابة، حد شرب المسكرات) أم قصاصاً، منعاً للظلم، وإقراراً للعدل، وستراً على الإنسان بقدر الإمكان حتى يقلع عن الخطيئة بنفسه. هذا ما لم يكثر منه ارتكاب الجريمة، أو يقترفها بقصد المباهاة بها، أو يترتب عليها تهديد مستمر لأمن الجماعة عامة، وهذا يعني أن الشك يفسر لمصلحة المتهم، كما يقر القانونيون.

---

(١) تبيين الحقائق: ٦/ ١٣٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ٧٧، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٣٧٨، ٤١٥، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٤ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص٣٤٥، الدسوقي على الشرح الكبير: ٤/ ٤٨٦، المغني: ٧/ ٧٧٦، جامع أحكام الصغار لابن قاضي سماوة: ٢/ ١٨ بهامش جامع الفصولين.

(٢) مغني المحتاج: ٤/ ١٠، المهذب: ٢/ ١٧٤.

(٣) كأن يدعى شخص القتل، فينكره ويصالح المدعي على مال، لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره.

(٤) وهو أن يقر الإنسان على نفسه خطأ أو شبه عمد، فتجب الدية عليه، ولا تحمله العاقلة.

وبناء عليه فلا يحد الشخص حد الزنا مثلاً إذا قامت شبهة بسبب عقد غير صحيح شرعاً لعدم وجود الشهود مثلاً، أو لقيام العقد كمباشرة المرأة المطلقة طلاقاً ثلاثاً في العدة. ولا يقام حد القذف عند الحنفية إذا كان القذف بالكناية والتعريض مثل «يا حلال ابن الحلال» أو «ما يعرفك الناس بالزنا» لاحتمال اللفظ معنيين، ولا يحد الشخص مع الاحتمال. ولا يطبق حد السرقة إذا سرق الشخص من مضيفه أو قريبه المحرم أو زوجه أو مدينه أو من الأموال العامة لوجود الشبهة في تحقق الحرز[1] الحافظ للمال أو لكون السارق ذا حق خاص أو عام في المال المسروق.

ولا يحكم بالقصاص عند أبي حنيفة في القتل بالمثقل، أي غير الجارح لطروء شبهة على إحداث القتل عمداً، كما لا يحكم بالقصاص عند أبي حنيفة أيضاً بالخنق، والتغريق بالماء، والإلقاء من جبل أو سطح، أو بالحبس، ومنع الطعام والشراب، للشبهة في تحقق معنى العمد[2].

وأدلة هذا المبدأ ما ورد عن النبي ﷺ أنه قال: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[3]، وفي لفظ «ادرؤوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم»[4] وفي لفظ آخر: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان لها مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»[5] «ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً»[6].

ومن المعلوم أنه إذا سقط الحد للشبهة أو لعدم اكتمال الشروط المطلوبة، وجب التعزير بالحبس أو بالضرب ونحوهما.

أما التعزير فلا يسقط بالشبهة، قال السيوطي وابن نجيم: الشبهة لا تسقط

---

(١) الحرز: هو ما خصص عادة لحفظ أموال الناس.
(٢) البدائع: ٧/ ٢٣٤، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٠٩ وما بعدها.
(٣) رواه البيهقي موقوفاً على علي رضي الله عنه، ولكن في سنده شخص منكر الحديث.
(٤) قال البخاري: أصح الروايات هذه الرواية عن عبد الله بن مسعود.
(٥) أخرجه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٦) رواه ابن ماجه من حديث أبي هريرة.

التعزير وتسقط الكفارة، فلو أفسد الصائم صومه ظناً منه أن الشمس قد غربت أو أن الليل باق، فبان خلافه، فإنه يفطر ويقضيه ولا كفارة عليه، وشرط الشبهة عند الشافعية أن تكون قوية وإلا فلا أثر لها[١].

هذه هي أهم مبادئ العقاب الجنائي في الإسلام حاولنا تصيدها من تعليلات الفقهاء للأحكام، وأوردناها كنموذج للإدلال على حرص الشريعة في تنفيذ ما شرعته على أساس من الحق والعدل والخير والرحمة والمصلحة الواقعية التي لا تعارض مقاصد الشريعة. وننتقل إلى بحث الفصول الثلاثة لهذا الباب تباعاً.

---

(١) الأشباه والنظائر: ص١١٠، لابن نجيم: ١/ ١٦٤.

الفصل الأول

ضمان النفس الإنسانية

يشتمل هذا الفصل على مباحث ثلاثة تتناول عقوبات الاعتداء على النفس، الأصلية منها، والبدلية، وضمان هلاك النفس بسبب ممارسة حق شرعي وهو التأديب، وتنفيذ العقاب.

المبحث الأول: العقوبة الأصلية لجريمة القتل (القصاص)

القصاص أو الإعدام: هو عقوبة القتل العمد الذي يتوافر فيه عنصر القصد، ولو لم يكن هناك سابق تصور وتصميم خلافاً لما جرت عليه بعض القوانين الحديثة، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٨]. وقد اشترط جمهور الفقهاء التكافؤ بين القاتل والمقتول في الحرية والدين، فلا يقتل مسلم بكافر ولا حر بعبد، لأن الأصل العام في القصاص هو التماثل، ولا تماثل بين هذين لقوله عليه السلام: «لا يقتل مسلم بكافر»[1]. استثنى الإمام مالك أن يقتل المسلم غير مسلم غِيلَة فيقتل به، وقتل الغيلة: أن يضجعه فيذبحه، ولاسيما إذا كان القتل لأخذ المال[2]. قال العز بن عبد السلام: «الأصل في

(١) أخرجه البخاري من حديث أبي جحيفة.

(٢) بداية المجتهد: ٢/ ٣٩١، الشرح الكبير: ٤/ ٢٣٨، مغني المحتاج: ٤/ ١٦ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٣٤٩، المغني: ٧/ ٦٥٢.

القصاص التماثل إلا أن يؤدي اعتباره إلى إغلاق باب القصاص قطعاً أو غالباً، وحينئذ فلا يطلب تحقيق التماثل في الحالات الآتية: في أحجام الأعضاء كالأيدي والأرجل فيقتص لكل عضو بصرف النظر عن حجمه. وفي منافع الأعضاء كبطش اليدين ومشي الرجلين وبصر العينين وسمع الأذنين وذوق اللسان: لا يشترط التساوي بينها في المقدار. وفي قتل الجماعة بالواحد وقطع أيدي الجماعة بقطع يد الشخص الواحد لا تعتبر المساواة بينهم، وإلا لسقط القصاص في كثير من الأحوال بتواطؤ الجمع على القتل والقطع... إلخ(١).

وقال الحنفية: لا يشترط التكافؤ في الحرية والدين، كما ذكرنا في مبدأ تكافؤ الدماء، لأن المطلوب هو التكافؤ في الإنسانية، وعلى هذا: يقتل الحر بالعبد والمسلم بالمعاهد(٢)، لأن النبي ﷺ قتل مسلماً بذمي وقال: «أنا أحق من أوفى بذمته»(٣).

واتفق علماء المذاهب الأربعة على أنه يقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالمريض، إذ لا تفرقة بين الناس في الجنس والكبر والصغر والشرف والفضيلة والعلم والجهل ونحوها من الصفات الأخرى.

ومستحقو القصاص عند جمهور الفقهاء: هم الورثة على ترتيب الإرث الشرعي، حتى الزوجان سواء أكان الوارث من ذوي الفروض المعينة شرعاً أو من العصبات، لأن القصاص حق يورث، فكان كالحق في الأموال. وكذلك الدية يستحقها كل من يستحق الإرث(٤).

---

(١) قواعد الأحكام: ٢/ ١٦٦ بتصرف واختصار.

(٢) تبيين الحقائق: ٦/ ١٠٥، الكتاب للقدوري مع شرحه اللباب: ٣/ ١٤٤، مختصر الطحاوي: ص٢٣٠.

(٣) أخرجه أبو داوود في المراسيل من حديث عبد العزيز بن صالح الحضرمي، ورواه الدارقطني من حديث ابن عمر بلفظ «أنا أكرم من وفى بذمته» وفي سنده راوٍ ضعيف.

(٤) البدائع: ٧/ ٢٤٢، درر الحكام: ٢/ ٩٤، مغني المحتاج: ٤/ ٣٩ وما بعدها، المغني: ٧/ ٧٤٣.

وقال المالكية في المشهور عندهم: أولياء الدم: هم الذكور العصبة دون البنات والأخوات والزوج والزوجة، فليس لهم قول مع العصبة[١].

وأما **آلة القصاص** ففيها اختلاف بين الفقهاء:

قال الحنفية وفي رواية عن أحمد: لا يستوفى القصاص إلا بالسيف[٢]، لقوله عليه السلام: «لا قَوَد إلا بالسيف»[٣] والمراد بالسيف السلاح.

وقال المالكية والشافعية وفي الرواية الراجحة عن أحمد[٤]: يفعل بالقاتل مثل ما فعل بالقتيل أي بنفس الطريقة التي تمت بها الجناية، إذا كانت الطريقة مشروعة يجوز فعلها، لأن مبنى القصاص على المماثلة في الفعل، إذ إنه جزاء القتل، ومعنى المماثلة: أن يفعل بالجاني مثل ما فعل هو بالمجني عليه، ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤]. وبناء عليه إذا قتل أحد غيره بالسيف اقتص منه بالسيف، وإذا أحرقه أو أغرقه، أو رماه بحجر، أو من مكان شاهق أو قتله بالحبس ومنع الطعام والشراب عنه، اقتص منه بمثل ذلك، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٦/ ١٢٦] ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٨] والقصاص يقتضي المماثلة كما بينا، ولأن النبي ﷺ «أمر برض رأس يهودي لرضه رأس جارية من الأنصار بين حجرين»[٥] وقال عليه السلام: «من حرَّق حرقناه، ومن غرَّق غرقناه»[٦].

وإن كان القتل بوسيلة غير مشروعة في ذاتها كتجريعه الخمر، لم يقتل بمثله، ويعدل إلى القتل بالسيف.

---

(١) القوانين الفقهية: ص٣٤٦.

(٢) البدائع: ٧/ ٢٤٥، درر الحكام: ٢/ ٩٥، تبيين الحقائق: ٦/ ١٠٦، المغني: ٧/ ٦٨٥.

(٣) رواه ابن ماجه من حديث أبي بكرة. وقال الإمام أحمد: ليس إسناده بجيد (راجع نصب الراية: ٤/ ٣٤١).

(٤) بداية المجتهد: ٢/ ٣٩٦ وما بعدها، مغني المحتاج: ٤/ ٤٤ وما بعدها، المغني: المكان السابق.

(٥) رواه البخاري ومسلم عن أنس بن مالك.

(٦) أخرجه البيهقي من حديث البراء بن عازب.

هذا... وإذا استحدثت وسيلة من الوسائل في تطبيق القصاص تؤدي إلى القتل من دون تعذيب، وتسرع في إحداث الوفاة من دون تمثيل بالمقتول ولا مضاعفة آلامه، كالمقصلة والكهرباء والشنق، فلا مانع شرعاً من الأخذ بها، عملاً بالأمر العام بإحسان القِتْلة[1].

ويسقط وجوب القصاص عند الحنفية بإحدى الحالات الأربع التالية[2]:

١- موت القاتل: لو مات القاتل بآفة سماوية، سقط القصاص عنه ولم تجب الدية، لعدم بقاء محل القصاص، وهذا رأي المالكية أيضاً.

٢- العفو: لو عفا أولياء الدم جميعاً أو أحدهم عن القاتل، سقط القصاص ولم تجب الدية أيضاً، لأن القصاص حقهم، فيجوز لهم التنازل عنه، وهذا رأي المالكية والشافعية والحنابلة أيضاً.

٣- الصلح: الصلح كالعفو، إلا أنه يكون على مال عادة، أما العفو فقد يكون مجاناً أو في مقابلة مال، فلو تصالح مستحقو القصاص أو أحدهم مع القاتل، سقط القصاص، ووجب العوض المتصالح عليه. لكن إذا كان المصالح أو العافي أحد الورثة، فإنه وإن سقط القصاص، لتعذر استيفائه، إذ إنه حق لا يتجزأ كما ذكرنا سابقاً، وجب على القاتل دفع حصة الورثة الآخرين من الدية، لأن الدية بدل القصاص. ولا حصة للعافي من الدية، لإسقاط حقه بالعفو.

٤- إرث القصاص: إذا مات مستحق القصاص، وكان القاتل أحد ورثته، سقط القصاص، لأن القاتل ورثه عنه، ويستحيل عقلاً أن يكون القصاص حقاً للقاتل، وواجباً عليه، والقصاص لا يتجزأ كما ذكرنا سابقاً.

جناية الآباء على الأبناء وعلى العكس:

إذا قتل الوالد ولده، أو قتل الجد ولد ولده، أو قتلت الأم أو الجدة ولدها أو

---

(١) المسؤولية المدنية والجنائية لأستاذنا شلتوت: ص٤٩، التشريع الجنائي لعودة: ٢/ ١٥٤.

(٢) البدائع: ٧/ ٢٤٦ وما بعدها، درر الحكام: ٢/ ٩٤، تبيين الحقائق: ٦/ ١١٣، المغني: ٧/ ٧٤٥، مغني المحتاج: ٤/ ٤٨، الشرح الكبير: ٤/ ٢٣٩ وما بعدها.

ولد ولدها، أو قتل الرجل زوجته وله منها ولد، أو قتل الأب زوجة ابنه، ففي هذه الحالات كلها لا يقتص عند جمهور الفقهاء من الوالد لولده[١]، لقوله ﷺ: «لا يقاد للابن من أبيه»[٢] أو «لا يقاد والد بولده»[٣] ولرعاية حرمة الوالد، ولأنه كان سبباً في وجود ابنه، فلا يكون ابنه سبباً في عدمه، رعاية لمبدأ الوفاء وبر الوالدين، ولأن الوالد لا يقتل ولده غالباً لوفور شفقته، فكان فعله شبهة في سقوط القصاص.

وقال الإمام مالك: لا يقاد الأب بالابن إلا أن يضجعه فيذبحه أو يشق بطنه أو يقتله قتلاً يدل قطعاً على أنه تعمد قتله، ولم يقصد تأديبه. فإن كان القتل على غير هذا النحو مما يحتمل الشبهة أو التأديب وعدم العمد، فلا قصاص عليه، وعليه الدية في ماله. ومثل الأب: الأجداد، والأمهات والجدات[٤].

وملحظ الاختلاف بين مالك وجمهور الفقهاء: هو أن الإمام مالكاً علل درء الحد عن الأب بقتل ابنه بقوة المحبة بين الأب والابن مما يجعل القتل في الغالب خالياً عن نية العمد، فإن دلت قرينة قاطعة على توافر العمد، وجب القصاص حينئذ.

وأما الجمهور: فإنهم عللوا درء الحد عن الأب بما للأب من حق على ابنه، دون أن ينظروا إلى نية التعمد وعدمها.

وأما إن قتل الابن أباه أو أحد أصوله، فاتفق العلماء على أنه يقتص منه، لعموم الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الدالة على وجوب القصاص من القاتل، ولأن منطق القياس يقضي بذلك، إذ إن الأب أعظم حرمة وحقاً من الشخص الأجنبي، فإذا قتل القاتل باعتدائه على الأجنبي، فبالاعتداء على الأب أولى، بل إن قتل الابن لأبيه فيه تهمة واضحة وهو استعجال الوصول إلى المنافع، وأخذ الميراث، وأما محبة الابن للأب فهي مشوبة بتهمة المنفعة وتحقيق مصلحة نفسه[٥].

---

(١) البدائع: ٧/ ٢٣٥، تبيين الحقائق: ٦/ ١٠٥، مغني المحتاج: ٤/ ١٨، المغني: ٧/ ٦٦٦

(٢) رواه الحاكم والبيهقي وصححاه.

(٣) أخرجه النسائي وابن ماجه من حديث عمر بن الخطاب، ورواه ابن ماجه أيضاً من حديث ابن عباس.

(٤) بداية المجتهد: ٢/ ٣٩٣، القوانين الفقهية: ص٣٤٦.

(٥) البدائع: ٧/ ٢٣٥، مغني المحتاج، المكان السابق، المغني: ٧/ ٦٧٠ الإفصاح: ص٣٢٢.

جناية الصبيان ونحوهم:

سبق لدينا أن عمد الصبي وخطأه سواء في الجنايات، وبينا أن من شرائط القصاص كون الجاني بالغاً عاقلاً. وبناء عليه فلا قصاص على الصبي ونحوه كالمجنون والمعتوه إذا ارتكب جريمة قتل، وإنما تجب الدية في ماله، وتدفع فوراً إن كان له مال، وإلا فينتظر إلى وقت اليسار. وكذلك تجب الدية عليه في ماله في كل جناية تكون منه فيما دون النفس على يد أو رجل أو عين وما أشبه ذلك(١).

ومن أمثلة ما يأتي: صبيان يلعبون بالرمي، فمرت بهم امرأة، فرمى صبي ابن تسع سنين أو نحوه سهماً، فأذهب عينها، قال الفقيه أبو بكر من الحنفية رحمه الله: الدية في مال الصبي دون والده، فإن لم يكن للصبي مال فنظرة إلى ميسرة. ثم إنما تجب الدية إذا ثبت رميه بشهادة الشهود، لا بإقرار الصبي بوجود سهم فيها، لأن إقراره على نفسه باطل(٢).

وقد أوضح الفقهاء مبدأ عدم القصاص من الصبي ونحوه، فقال ابن قدامة الحنبلي: لا خلاف بين أهل العلم أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون، وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه مثل النائم والمغمى عليه ونحوهما، والأصل في هذا قول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق»(٣). ولأن القصاص عقوبة مغلظة، فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود، ولأنه ليس لهما قصد صحيح، فكل واحد كالقاتل خطأ(٤).

وبمثل ذلك قال الشافعية(٥).

---

(١) البدائع: ٧/ ٢٣٤، المبسوط: ٢٦/ ١٨٥، الدر المختار: ٥/ ٤١٥، مختصر الطحاوي: ص٢٢٩ وما بعدها، جامع أحكام الصغار لابن قاضي سماوة: ١٨/٢ بهامش جامع الفصولين ط أولى بالأزهرية.

(٢) جامع أحكام الصغار، المرجع السابق: ٢/ ١٥، ٢٠، مجمع الضمانات: ص١٧٣ .

(٣) رواه أحمد وأبو داوود والحاكم عن علي وعمر.

(٤) المغني: ٧/ ٦٦٤.

(٥) مغني المحتاج: ٤/ ١٥، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٣٤٩.

وقال ابن جزي المالكي: لا يقتص من القاتل إلا إذا كان بالغاً عاقلاً، فلا يقتص من صبي ولا مجنون، وعمدهما كالخطأ[١].

وكذلك إذا ارتكب الصبي أو المجنون ونحوهما جريمة تستوجب حداً من الحدود الشرعية (حد الزنا، حد القذف، حد السرقة، حد الحرابة، حد شرب المسكرات) فلا يقام عليه الحد، لعدم تحقق معنى الجريمة منه[٢]، إذ إن فعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جريمة، لعدم تكليفه شرعاً، والتكليف بتوافر العقل والبلوغ، وهما غير مكلفين بنص الحديث السابق: «رفع القلم عن ثلاثة».

وأما التعزيرات أي العقوبات المفوضة إلى رأي القاضي، فلا يشترط فيها البلوغ، وإنما يكفي العقل أي التمييز، فيعزر كل عاقل تأديباً وزجراً له لا عقوبة[٣].

وقال الشافعية: يعزر الصبي والمجنون إذا فعلا ما يعزر عليه البالغ، وإن لم يكن فعلهما معصية[٤].

ضمان النفس بسبب ممارسة حق التأديب للحاكم أو للأب والزوج والمعلم:

إذا ضرب الوالي متهماً أو ضرب الأب ابنه للتأديب المشروع، أو ضرب الولي أو الوصي الصبي اليتيم، أو أدب المعلم صبياً بغير إذن أبيه، فمات المؤدَّب من هذا التأديب المشروع المعهود في العرف بين الناس، فهل يضمن هؤلاء فعلهم؟

اختلف الفقهاء في ذلك:

فقال أبو حنيفة والشافعي: إنه يجب ضمان الدية في هذه الحالات لأن المقصود هو التأديب والزجر، لا الهلاك، فإذا أفضى ذلك إلى التلف، تبين أنه تجاوز الحد المشروع له، أو تخطى حدود السلطة المخولة له، ولأن هذا الفعل وهو التأديب أمر مباح، فيتقيد بشرط السلامة للغير كالمرور في الطريق العام ونحوه، فإن استيفاء الإنسان حقه مقيد بشرط السلامة للآخرين[٥].

---

(١) القوانين الفقهية: ص٣٤٥.

(٢) راجع مثلاً البدائع: ٧/ ٣٣، ٤٠، ٦٧، ٩١.

(٣) البدائع: ٧/ ٦٣.

(٤) مغني المحتاج: ٤/ ١٩٢، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٣٥٢.

(٥) المبسوط: ١٦/ ١٣، الدر المختار: ٥/ ٤٠١، درر الحكام: ٢/ ٧٧، جامع أحكام الصغار =

وقال المالكية والحنابلة والصاحبان من الحنفية: لا ضمان في هذه الحالات ما لم يكن هناك إسراف أو زيادة على ما يحقق المقصود أو يتجاوز المعتاد، لأن التأديب فعل مشروع للردع والزجر، فلا يضمن التالف به، كما هو الحال عند تطبيق الحدود الشرعية المقدرة(١) وقد أخذ القانون الجزائي في سورية ومصر بهذا الرأي فاعتبر حق التأديب للوالدين ومن في حكمهما (أي الوصي أو المعلم أو سيد العمل) وللزوج من أسباب إباحة الجريمة.

المبحث الثاني: العقوبة البدلية والعقوبة التبعية (الدية - حرمان الميراث والوصية)

إذا تم العفو أو الصلح في القتل العمد على مال وهو الدية، فيجب دفعها إلى أولياء الدم، فتصبح الدية عقوبة بدلية مقررة عوضاً عن القصاص. وكذلك تجب الدية إذا امتنع تطبيق القصاص لعدم اكتمال شرائطه، أو سقط بسبب من الأسباب ما لم يكن السبب هو العفو مجاناً أو موت الجاني في رأي أبي حنيفة ومالك(٢).

والدية: هي العقوبة الأصلية في القتل شبه العمد وقتل الخطأ، ويجب في هذين النوعين أيضاً كفارة: وهي عتق رقبة مؤمنة، فإن عجز عنها وجب صيام شهرين متتابعين، وهذا واجب ديني لتطهير النفس من آثار الخطيئة والتقصير، لذا أوجبها الإمام الشافعي في القتل العمد أيضاً.

والدية شرعاً: هي المال الواجب بدلاً عن النفس. **والأرش**: هو الواجب المقدر

= بهامش جامع الفصولين: ٢/ ٨- ١٠، مجمع الضمانات: ص٥٤، ١٥٧، ١٦٦، البدائع: ٧/ ٣٠٥، المهذب: ٢/ ٢٨٩، مغني المحتاج: ٤/ ١٩٩، الأحكام السلطانية للماوردي: ص٢٣٠.

(١) المغني: ٨/ ٣٢٧، غاية المنتهى: ٣/ ٢٨٥، الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص٢٦٦، الميزان: ٢/ ١٧٢، نيل الأوطار: ٧/ ١٤٠- ١٤٥، البدائع: المكان السابق.

(٢) قال القدوري وشارحه (٣/ ١٦١): وكل عمد سقط فيه القصاص ككون القاتل أباً أو المقتول ابناً للجاني أو كان في القاتلين صغير، أو عفا أحد الأولياء، فالدية في مال القاتل في مدة ثلاث سنين، وكل أرش (تعويض عن الجناية) وجب بالصلح فهو في مال القاتل أيضاً، ويجب حالّاً، لأنه استحق بالعقد، وما يستحق بالعقد فهو حالّ.

شرعاً فيما دون النفس من أعضاء .**وحكومة العدل**: هي المال الذي يقدره القاضي بمعرفة الخبراء فيما ليس فيه مقدار محدد شرعاً كاليد الشلاء ونحوها مما ذهب نفعه، والجرح والتعطيل ونحوهما»[١].

والمال الذي تجب فيه الدية عند أبي حنيفة ثلاثة أجناس: الإبل والذهب والفضة.

ومقدار الواجب هو مئة من الإبل لقوله عليه السلام: «في النفس مئة من الإبل»[٢]، وألف دينار من الذهب، وعشرة آلاف درهم من الفضة[٣]، وقال غير الحنفية: اثنا عشر ألفاً من الفضة لما روى ابن عباس قال: «قتل رجل رجلاً على عهد رسول الله ﷺ، فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً»[٤] وبين البيهقي أن المراد: درهماً.

فإن كانت الدية إبلاً فهي دية مغلظة في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف إذا كان القتل عمداً أو شبه عمد؛ أي إنها تجب أرباعاً أي من أربع فئات: وهي ٢٥بنت مخاض، ٢٥بنت لبون، ٢٥ حِقَّة، و٢٥ جَذَعة[٥]، وتدفع في مهلة ثلاث سنين. قال عليه السلام: «ألا إن دية الخطأ شبه العمد: ما كان بالسوط والعصا، مئة من الإبل»[٦].

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٥/٤٠٦، ٤١١، اللباب شرح الكتاب: ٣/١٥٢، مغني المحتاج: ٤/٥٣، ٧٧.

(٢) رواه النسائي وصححه ابن حبان من حديث عمرو بن حزم.

(٣) الدينار في الستينيات وما قبلها يعادل: ٦٥ قرشاً مصرياً حوالي ٥ ليرات سورية، والدرهم ٥، ٢ قرشاً مصرياً حوالي ٢٠ قرشاً سورياً. والآن بعد ارتفاع سعر الذهب يعرف مقداره بحسب سعر الذهب القائم، علماً بأن الدينار هو المثقال من الذهب ويساوي ٤٥٧، ٤ غ وكان الذهب والفضة في أصل الشرع لهما سعر واحد.

(٤) رواه أصحاب السنن الأربع.

(٥) بنت المخاض: هي التي تكون في السنة الثانية من عمرها، وبنت اللبون: هي التي تكون في السنة الثالثة من عمرها، والحقة: هي التي تكون في السنة الرابعة، والجذعة: هي التي تكون في السنة الخامسة.

(٦) أخرجه أبو داوود والنسائي وابن ماجه من حديث عبد الله بن عمرو .

وإن كان القتل خطأ: فتجب دية مخففة وهي مئة من الإبل أخماساً: ٢٠بنت مخاض، ٢٠ ابن مخاض، ٢٠بنت لبون، ٢٠ حقة، ٢٠ جذعة، وتدفع في مدة ثلاث سنين أيضاً(١).

واتفق الفقهاء على أن دية المرأة نصف دية الرجل لقوله عليه السلام: «دية المرأة على النصف من دية الرجل»(٢)، ولا فرق عند أبي حنيفة فيما عدا ذلك بين الكبير والصغير، والقوي والضعيف، والصحيح والمريض والعالم والجاهل، والمسلم وغير المسلم(٣).

والدية الكاملة لا تجب فقط بإتلاف النفس، وإنما تجب أيضاً بإتلاف إحدى الحواس الخمس أو الأعضاء الخطيرة، أو المنافع (العقل والسمع والبصر والشم والذوق)، وفي الأنف الدية، وفي اللسان الدية، وفي العينين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الشفتين الدية، وفي العقل إذا ضرب الرأس فذهب منه عقله الدية، وفي العضو التناسلي الدية، وفي ثديي المرأة الدية. وفي الأذن واليد(٤) والشفة والعين الواحدة والثدي الواحد نصف الدية. وفي كل أصبع من أصابع اليد والرجل عُشر الدية، وفي كل سن من الأسنان أو ضرس من الأضراس: خمس من الإبل.

---

(١) البدائع: ٧/ ٢٥٣- ٢٥٧، تبيين الحقائق: ٦/ ١٢٦ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب: ٣/ ١٥٢ وما بعدها.

(٢) أخرجه البيهقي من حديث معاذ بن جبل مرفوعاً إلى النبي ﷺ.

(٣) البدائع: ٧/ ٢٥٤، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٥، مغني المحتاج: ٤/ ٥٦، المغني: ٧/ ٧٩٧.

(٤) إن قطع اليد في السرقة بسبب ربع دينار، وجعل ديتها خمس مئة دينار هو لمصلحة وحكمة في الموضعين وهي: المحافظة على الأموال والأعضاء، فقطعها في السرقة حفظاً للأموال، وجعل ديتها هذا المبلغ حفظاً لها وصيانة من الاعتداء عليها وقد اعترض بعضهم على ذلك فقال:

يد بخمس مئين عسجد وديت ... ما بالها قطعت في ربع دينار

تناقضٌ ما لنا إلا السكوت له ... ونستجير بمولانا من العار

فرد عليه بعض الفقهاء بأنها كانت ثمينة لما كانت أمينة، فلما خانت هانت وقال:

يد بخمس مئين عسجد وديت ... لكنها قطعت في ربع دينار

حماية الدم أغلاها، وأرخَصَها ... خيانة المال، فانظر حكمة الباري

(راجع أعلام الموقعين: ٢/ ٦٣ ط السعادة).

وتعطيل منفعة عضو كقطعه تجب فيه الدية المقررة له كاملة كاليد إذا شلت، والعين إذا ذهب ضوءها، وهكذا[١]...

وأما **العقوبة التبعية**: فهي الحرمان من الإرث والوصية. فإذا قتل الوارث مورثه أو الموصى له الموصي، حرم من الميراث والوصية، لقوله عليه السلام: «لا يرث القاتل شيئاً»[٢] أو «ليس للقاتل ميراث»[٣] وقوله «ليس لقاتل وصية»[٤]، وعملاً بمبدأ سد الذرائع كيلا يطمع أحد بمال مورثه فيتعجل موته بالقتل، فإذا قتله عوقب بالحرمان، لأن «من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه» ولأن القتل يقطع الموالاة التي هي سبب الإرث. أما حرمان الميراث فمتفق عليه بين الفقهاء من حيث المبدأ، لكنهم اختلفوا في تحديد صفة القتل، فقال الحنفية والشافعية والحنابلة: إن القتل العدوان بغير حق سواء أكان عمداً أم خطأ مانع من الميراث، لكن يشترط عند الحنفية أن يكون القتل مباشرة لا تسبباً، وقال الشافعية والحنابلة: لا فرق بين المباشرة والتسبب، فكلاهما مانع من الإرث، وأضاف الشافعية: وسواء أكان القتل للمصلحة كضرب الأب والزوج والمعلم أم لا، أو كان اختياراً أم بإكراه[٥].

وقال المالكية: إن القتل العمد أو شبه العمد هو المانع من الميراث سواء أكان مباشرة أو تسبباً، أما القتل الخطأ فلا يحرم الإرث[٦].

وأما الحرمان من الوصية بالقتل: فهو عند أبي حنيفة كالحرمان من الميراث، يعتبر القتل بأي نوع منه مانعاً إذا كان مباشرة لا تسبباً[٧].

---

(١) الكتاب للقدوري مع شرح اللباب: ٣/ ١٥٤ وما بعدها.

(٢) أخرجه الدارقطني من حديث ابن عباس، وروى ابن ماجه نحوه من حديث أبي هريرة.

(٣) أخرجه النسائي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٤) أخرجه الدارقطني من حديث علي بن أبي طالب، وفيه رجل اسمه «مبشر» متروك يضع الحديث.

(٥) الدر المختار: ٥/ ٥٤٢، التلويح على التوضيح: ٢/ ١٥٣، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٣٦، مغني المحتاج: ٣/ ٢٥، المغني: ٦/ ٢٩٢، منار السبيل شرح الدليل لابن ضويان على مذهب أحمد: ٢/ ٥٢ ط دمشق.

(٦) الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٤٨٦.

(٧) الدر المختار: ٥/ ٤٥٩.

وعند المالكية: لا يصلح القتل الخطأ مانعاً من الوصية كالميراث، وأما القتل العمد أو شبه العمد فهو مانع من الوصية[١].

وقال الشافعية: الأصح أن الموصى له لو قتل الموصي ولو تعدياً، استحق الموصى به، لأن الوصية تمليك بعقد فأشبهت عقد الهبة، وخالفت الإرث[٢].

وقال الحنابلة: الأصح أن القتل بغير حق سواء أكان عمداً أم خطأ يبطل الوصية، لأنه يمنع الميراث، وهو آكد منها، فهي أولى بحرمان القاتل منها[٣].

عقوبة الإجهاض أو الجناية على الجنين:

إذا أسقطت المرأة جنينها ميتاً بفعل مادي أو معنوي أو سلبي كالضرب والجرح أو التهديد والتخويف، أو الصياح، أو التداوي بدواء معين أو غيره، أو منع الطعام أو الشراب عنها حتى تلقي الجنين، وجب على الجاني المعتدي[٤] دفع دية الجنين وهي الغُرَّة (عبد أو أمة) وقيمتها خمس من الإبل، أو خمسون ديناراً أو خمس مئة درهم تقسط في مدة سنة واحدة عند الحنفية[٥]؛ وذلك يساوي نصف عشر دية الرجل إذا كان الجنين ذكراً، وعشر دية المرأة إذا كان الجنين أنثى.

وكذلك يجب على المرأة في مالها دية الجنين إذا أسقطته بدواء أو فعل كضربها بطنها بلا إذن زوجها لتعديها، فإن أذن الزوج بذلك لم تجب الدية على ما حققه ابن عابدين.

والدليل على ما ذكر: ما روى أبو هريرة ﷺ قال: «اقتتلت امرأتان من هذيل،

---

(١) الشرح الكبير: ٤/ ٤٢٦.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٣٦، مغني المحتاج: ٣/ ٤٣.
(٣) منار السبيل في شرح الدليل على مذهب ابن حنبل للشيخ إبراهيم بن ضويان: ٢/ ٣٩.
(٤) كانت عاقلة الجاني (أي عصبته) في الماضي هي التي تتحمل دية الجنين، بسبب وجود معنى التناصر بين أفراد الأسرة الواحدة، أما اليوم فالجاني هو الذي يتحمل بنفسه تبعة جنايته لفقد معنى التناصر، كما أشرنا سابقاً.
(٥) درر الحكام: ٢/ ١٠٨، الدر المختار: ٥/ ٤١٦ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٨/ ٣٢٤، مجمع الضمانات: ص٢٠٠.

فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ، فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها: غُرَّة: عبد أو وليدة»[١].

ومن وقائع الأحكام القضائية الشهيرة في هذا: ما روي أن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأة مُغِيبة كان يدخل عليها، فقالت: يا ويلها، ما لها ولعمر؟! فبينا هي في الطريق إذ فزعت، فضربها الطلق، فألقت ولداً، فصاح الصبي صيحتين، ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت والٍ مؤدب، وصمت علي، فأقبل عليه عمر، فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم، فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك، فلم ينصحوا لك، إن ديته عليك، لأنك أفزعتها، فألقته، فقال عمر: أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك[٢] أي بني عدي من قريش. باعتبارهم عاقلتها.

والعلماء مختلفون في تحديد المقصود من الجنين الذي تجب فيه الدية: فقال الحنفية والشافعية: لا تجب الدية بالجناية على الجنين إلا إذا استبان بعض خلقه وصورته، وذلك بعد مرور أربعة أشهر على حمله. فإن ألقت مضغة أو قطعة لحم ليس فيها آدمي أصلاً، فلا دية. لكن تجب عند الحنفية حكومة عدل[٣].

وقال المالكية والظاهرية: تجب دية الجنين، سواء أكان ذكراً أم أنثى، تم خلقه، أم لم يتم إذا خرج من بطن أمه ميتاً، وعلى هذا: كل ما طرحته المرأة من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد، ففيه الغرة[٤].

وقال الحنابلة: لا تجب الدية إلا إذا كان الجنين بصورة آدمي، فإن لم تظهر فيه صورة إنسان فلا شيء فيه، إذ لا دليل على أنه جنين[٥].

---

(١) متفق عليه بين البخاري ومسلم.

(٢) المغني: ٧/ ٨٣٣، الأحكام السلطانية للماوردي: ص٢٣٠.

(٣) الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٤١٨، مغني المحتاج: ٤/ ١٠٤، نهاية المحتاج: ٧/ ٩٩ ط البهية المصرية.

(٤) بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٨، القوانين الفقهية: ص٣٤٧، المحلى: ١١/ ٣٥ م٢١٢٢ .

(٥) المغني: ٧/ ٨٠٢.

وإذا ترتب على الجناية موت الأم، فألقت جنينها ميتاً، وجب عند الحنفية والمالكية دية للأم فقط، لأن القتل ليس عمداً، ولا تجب معها غرة للجنين. فإن ألقته حياً بعدما ماتت، وجب على الجاني ديتان: دية للأم، ودية للجنين، لأنه قتلهما[١].

وقال الشافعية والحنابلة: يجب في الحالتين ديتان: دية للأم، ودية للجنين[٢].

ولا تجب الكفارة بالإجهاض عند الحنفية والمالكية، وإنما هي أمر مستحب فقط، إذ لم يرد نص شرعي في ذلك[٣].

وقال الشافعية والحنابلة: تجب الكفارة في إجهاض الجنين، لأن كل قتل خطأ فيه الكفارة بعموم النص القرآني: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٤/ ٩٢][٤].

المبحث الثالث : ضمان الأنفس بسبب تنفيذ العقوبات الشرعية

اتفق العلماء على أن الحاكم إذا ترتب على إقامته أو تنفيذه حداً من الحدود الشرعية المقدرة موت المحدود بسبب الجلد في قذف أو زنا أو شرب خمر، أو بسبب قطع اليد في السرقة، فلا ضمان عليه، لأنه مارس صلاحيته بحق، وكان الحق هو سبب الموت والهلاك، سواء أتم تنفيذ الحد في حر وبرد مفرطين أم لا، وسواء أكان مريضاً أم لا[٥]. فلو ألزمنا الحاكم بالضمان لامتنع عن تطبيق الحد خشية السراية، وفي تعطيل الحدود إخلال بالنظام العام وإضرار بمصلحة المجتمع.

فإن مات الشخص بسبب عقوبة تعزيرية، ففي ضمانه اختلاف بين الفقهاء:

١- قال الحنفية والمالكية والحنابلة: إذا عزر الحاكم رجلاً. فمات من التعزير،

---

(١) درر الحكام: ٢/ ١٠٨، الدر المختار: ٥/ ٤١٧، القوانين الفقهية: ص٣٤٧ .
(٢) مغني المحتاج: ٤/ ١٠٣، المغني: ٧/ ٨٠٦، الإفصاح: ص٣٣٩، الميزان: ٢/ ١٤٧ .
(٣) تبيين الحقائق: ٦/ ١٤١، الدر المختار: ٥/ ٤١٨، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٨ .
(٤) مغني المحتاج: ٤/ ١٠٨، المغني: ٧/ ٨١٥.
(٥) مغني المحتاج: ٤/ ٢٠٠، رحمة الأمة بهامش الميزان: ٢/ ١٦٠.

فلا ضمان عليه، لأن ذلك عقوبة مشروعة للردع والزجر، فلم يضمن من تلف به، كما في حال تطبيق الحد المقدر، ولأن الحاكم مأمور بإقامة الحد والتعزير، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة[١].

وقال الشافعي: يجب على الحاكم في ماله الخاص ضمان موت المعزر، لأن حكم الشريعة مطبق على جميع الناس حكاماً ومحكومين، ولقول علي كرم الله وجهه: «ما من رجل أقمت عليه حداً، فمات، فأجد في نفسي أنه لا دية عليه، إلا شارب الخمر، فإنه لو مات وَدَيْته، لأن النبي ﷺ لم يسنَّه»[٢] أي لم يسن مقداراً معيناً في جلد شارب الخمر، وإنما فعل أفعالاً مختلفة يجوز جميعها، فليس المراد من هذا الحديث إذن هو أن الشخص قد مات من الحد، لأن النبي ﷺ فعل أفعالاً مختلفة، ومنها أنه حد في الخمر أربعين جلدة، وهذا تعزير يفعله الحاكم حسب مقتضيات المصلحة.

ثم إن التعزير وإن كان فعلاً مشروعاً للحاكم، يجب ضمان ما ينتج عنه من الآثار غير المشروعة مثل ضرب الزوج زوجته، ونحو ذلك مما سبق ذكره[٣].

واتفق العلماء على أنه لا ضمان على الفصاد والبزاغ والختان والحجام إذا سرت جراحاتهم إلى النفس، كما أسلفنا سابقاً، لأن فعلهم مباح مأذون فيه.

وأما سراية القصاص فمختلف فيه:

قال أبو حنيفة: إذا اقتص[٤] شخص من آخر لقطع يده، فقطع المجني عليه يد

---

(١) راجع فتح القدير: ٤/ ٢١٧، تبيين الحقائق: ٣/ ٢١١، مجمع الضمانات: ص٢٠١، البدائع: ٧/ ٣٠٥، حاشية ابن عابدين: ٣/ ٢٠٨، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٤/ ٣٥٥، المغني: ٨/ ٣٢٧.

(٢) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد وأبو داوود وابن ماجه، وفي روايتهما: «لا أدي - أي لا أعطي ديته- أو ما كنت أدي من أقمت عليه الحد إلا شارب الخمر، فإن رسول الله ﷺ لم يسن فيه شيئاً، وإنما هو شيء قلناه نحن» ومعنى «لم يسنه»: لم يقدره ولم يوقته بلفظه ونطقه، مما يدل على أن الخمر لم يكن فيه حد مقدر محدود من الرسول عليه السلام، فهو من باب التعزيرات، فإن مات ضمنه الإمام.

(٣) المهذب: ٢/ ٢٨٩، الميزان: ٢/ ١٧٢، نيل الأوطار: ٧/ ١٤٠- ١٤٥.

(٤) إذ من المعلوم أن ولي الدم له استيفاء القصاص بنفسه بإشراف الحاكم كما ذكرنا سابقاً.

الجاني، فمات من ذلك، ضمن الدية، لأنه استوفى غير حقه، إذ حقه القطع، وكذلك يضمن الأرش أي دية العضو إذا قطع شخص إصبعاً من يد رجل، فشلت الكف، أو شلت أصبع آخر جنبها، فعليه دية اليد. والقاعدة عنده في ذلك وأمثاله هي أن «الجناية إذا حصلت في عضو فسرت إلى عضو آخر، والعضو الثاني لا قصاص فيه، فلا قصاص في العضو الأول، ولكن فيه الدية».

وقال الصاحبان: لا شيء على المقتص في الحالة الأولى وهي قطع اليد. قصاصاً، لأن الموت حصل بفعل مأذون فيه وهو القطع، فكان المقتص مثل الحاكم الذي يقطع يد السارق مثلاً، وتجب دية اليد في الحالة الثانية ولا قصاص[١].

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: لا ضمان على المقتص بسريان القصاص إلى النفس أو العضو أو المنفعة، لأن السراية حصلت من فعل مأذون فيه مثل بقية الحدود، ويؤيده أن عمر وعلياً قالا: «من مات من حد أو قصاص لا دية له، الحقّ قتله»[٢].

وأما إذا أتلف الحاكم شيئاً في غير حالة تطبيق العقوبات، أثناء قيامه بمصلحة من المصالح العامة، فضمان المتلفات على الدولة باعتبارها شخصية معنوية يمثلها هو، قال ابن عبد السلام: «إن الإمام أو الحاكم إذا أتلف شيئاً من النفوس أو الأموال في تصرفهما للمصالح، فإنه يجب على بيت المال دون الحاكم والإمام، لأنهما لما تصرفا للمسلمين، صار كأن المسلمين هم المتلفون، ولأن ذلك يكثر في حقهما، فيتضرران به»[٣].

---

(١) البدائع: ٧/ ٣٠٥- ٣٠٧، تكملة فتح القدير، ٨/ ٣١٩، تبيين الحقائق: ٦/ ١٣٦ .
(٢) المهذب: ٢/ ١٨٨، ١٩٠، المغني: ٧/ ٧٢٧، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٥٢ .
(٣) قواعد الأحكام: ٢/ ١٦٥.

الفصل الثاني

ضمان الجناية
على ما دون النفس

الجناية على ما دون النفس تشمل كل اعتداء على الأعضاء والجوارح كالجرح والضرب وقص الشعر ونتفه. وهذا يقابل في القانون «جريمة الضرب والجرح».

وهذه الجناية ليس فيها شبه عمد، إذ لا ينظر إلى آلة الاعتداء، ولا يختلف الحكم بالإتلاف باختلاف الآلة، وإنما هي نوعان: عمد أو خطأ[1].

فالعمد: هو ارتكاب الجريمة بقصد العدوان. والخطأ: هو قصد فعل لا عدوان فيه كرمي شيء إلى الطريق فيصيب به شخصاً فيجرحه.

فإن توافر العمد وجب القصاص، إذا توافر شرط إمكان المماثلة بين الجريمة والعقوبة بأن يكون محل الجريمة منضبطاً محدداً. وإن كانت الجريمة خطأ وجب **أرش الجناية**، والأرش نوعان: مقدر، وغير مقدر، فالأول: هو ما حدد الشرع مقداره كدية أطراف الإنسان، والثاني: هو ما لم يقدر الشرع فيه مقداراً معيناً، وإنما فوض القاضي في تقديره، وهذا هو المسمى **حكومة العدل**.

وجرائم الاعتداء على ما دون النفس أنواع أربعة[2]:

---

(١) تكملة فتح القدير: ٨/ ٢٧٠، الكتاب للقدوري مع شرحه اللباب: ٣/ ١٤٧.

(٢) البدائع: ٧/ ٢٩٦، تبيين الحقائق: ٦/ ١٣١ وما بعدها، الكتاب وشرح اللباب: ٣/ ١٥٦ وما بعدها، الدر المختار: ٥/ ٤١١.

١- **إبانة الأطراف ونحوها**: مثل قطع اليد والرجل، والإصبع والظفر، والأنف، واللسان، وعضو التناسل أو توابعه عند الرجل، والأذن والشفة، وفقء العين، وقطع الشُّفْر[1] أو الجفن، وقلع الأسنان وكسرها، وحلق شعر الرأس، واللحية، والحاجبين، والشارب.

٢- **إزالة منفعة الأعضاء**: مثل تفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والإيلاد والبطش والمشي، وتغير لون السن إلى السواد أو الحمرة أو الخضرة ونحوها، وإذهاب العقل.

٣- **الشجاج**: وهي جراح الرأس والوجه فقط، وهي إحدى عشرة شجة عند الحنفية:

١- الخارصة: وهي التي تخرص الجلد أي تشقه دون أن يظهر منها الدم.

٢- الدامعة: هي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين.

٣- الدامية: هي التي تسيل الدم.

٤- الباضعة: هي التي تبضع اللحم أي تقطعه.

٥- المتلاحمة: هي التي تذهب اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه.

٦- السِّمحاق: هي التي تصل إلى السمحاق: وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس.

٧- المُوضِحة: هي التي توضح العظم أي تظهره.

٨- الهاشمة: هي التي تهشم العظم أي تكسره.

٩- المنقَّلة[2]: هي التي تنقل العظم عن موضعه بعد كسره.

١٠- الآمة: هي التي تصل إلى أم الدماغ وهي الجلدة التي فيها الدماغ.

---

(١) الشفر بضم الشين جمع أشفار: وشفرا المرأة فيهما دية كاملة: وهما اللحمان المحيطان بحرفي فرج المرأة إحاطة الشفتين بالفم. وأشفار العيون أي الجفون، في كل شفر منها ربع دية.

(٢) المنقلة: بتشديد القاف، مفتوحة أو مكسورة.

١١- الدامغة: **هي** التي تخرق جلدة أم الدماغ، وتصل إلى الدماغ.

ويرى المالكية والشافعية والحنابلة: أن الشجاج عشرة بحذف الثامنة عند مالك فهي من جراح البدن عنده، وبحذف الثانية عند الشافعية وأحمد(١).

٤- الجراح: وهي الجروح التي تحدث في الجسد ما عدا الرأس والوجه وهي نوعان: جائفة، وغير جائفة.

فالجائفة: هي الجراحة التي تصل إلى جوف الإنسان من أي مكان في الصدر أو البطن أو الظهر أو الجنب أو الحلق أو مجرى البول أو الغائط.

وغير الجائفة: هي التي لا تصل إلى الجوف كجراحة اليد والرجل والرقبة.

وأما عقوبات هذه الجنايات على ما دون النفس فهي: القصاص أو الدية أو الأرش.

أما القصاص: فيشترط له شرائط عامة وخاصة: وقد ذكرنا الشرائط العامة سابقاً: وهي أن يكون الجاني عاقلاً بالغاً متعمداً مختاراً وأن يكون المجني عليه معصوم الدم عصمة مطلقة، وألا يكون جزءاً من القاتل بأن كان ولداً له، وأن تحصل الجناية بطريق المباشرة عند الحنفية لا بالتسبب.

وأما الشرائط الخاصة في قصاص الجناية على ما دون النفس فهي(٢):

أولاً: إمكان المماثلة بين الجريمة والعقاب: كقطع اليد اليمنى باليد اليمنى واليسرى باليسرى، والإصبع بالإصبع، والعين بالعين، والأنف بالأنف، والأذن بالأذن... وهكذا، لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤] ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٦/ ١٢٦] ﴿مَنْ

---

(١) القوانين الفقهية: ص٣٥٠، مغني المحتاج: ٤/ ٢٦، المغني: ٧/ ٧٠٣-٧٠٩، المهذب: ٢/ ١٩٨ وما بعدها.

(٢) البدائع: ٧/ ٢٩٧ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٦/ ١١٣، ١٥٥، الشرح الكبير: ٤/ ٢٥٢، القوانين الفقهية: ص٣٤٥، المهذب: ٢/ ١٧٧- ١٨١، مغني المحتاج: ٤/ ٢٥ وما بعدها، المغني: ٧/ ٧٠٣.

عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَىٰٓ إِلَّا مِثْلَهَا﴾ [غافر: ٤٠/٤٠] ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٥/٤٥] ولا قصاص في كسر العظم والرض لعدم الوثوق بتحقيق المماثلة، لأن الكسر لا يمكن ضبطه.

ثانياً: إمكان استيفاء القصاص من غير حيف ولا زيادة: يمتنع القصاص إذا تعذر استيفاؤه، لأن القصاص مبني على أساس المماثلة، فإذا كانت الجريمة منضبطة كالقطع من المفصل مثلاً، أمكن استيفاء القصاص. وإن لم يمكن الاستيفاء كالشجاج في الرأس أو الجراحة في الجوف، فلا قصاص وتجب الدية فقط.

ثالثاً: المساواة في صحة الأعضاء: لا تقطع اليد الصحيحة باليد الشلاء حتى لا يكون المقتص آخذاً أكثر من حقه، والعكس جائز عند جمهور الفقهاء، وغير جائز عند المالكية.

رابعاً: التكافؤ بين الجاني والمجني عليه: وهذا الشرط متفق عليه من حيث المبدأ بين فقهاء المذاهب الأربعة، لكنهم اختلفوا في تطبيقه؛ فالتكافؤ عند الحنفية يكون بالحرية والجنس[1] فلا قصاص بين الأحرار والعبيد فيما دون النفس، ولا بين الرجل والمرأة، فيشترط أن يكون الجاني والمجني عليه حرين، وأن يكونا ذكرين أو أنثيين، فإن كان أحدهما حراً والآخر عبداً فلا قصاص فيه، وإن كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة فلا قصاص فيه.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: أساس التكافؤ هو الحرية والإسلام فقط، فلا قصاص بين المسلم وغيره، ويقتص من الرجل للمرأة وعلى العكس فيما دون النفس، كما هو المقرر عندهم في الجناية على النفس، وبناء على ذلك:

يقتص من الجاني في **إبانة الأطراف** كقطع اليد والرجل ومارن الأنف، والأذن، والسن، والعين، والشفة، والإلية، لإمكان رعاية المماثلة. ولا قصاص عند الحنفية خلافاً لبقية الفقهاء في اللسان وعضو الرجل التناسلي، إذ إنه يتعذر معرفة حد معين فيه لانقباضه وانبساطه فلا يمكن تحقيق المساواة بين العقوبة والجناية، قال

---

(١) البدائع: ٧/ ٣١٠.

الكاساني[١]: «والجراحات فيها القصاص فيما يقدر فيه على القصاص، والأرش فيما لا يقدر عليه».

ولا يقتص من الجاني عند الحنفية **بإذهاب معاني الأطراف** كالسمع والبصر والشم والذوق، لعدم إمكان الاستيفاء على أساس المماثلة.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يقتص من الجاني بمثل فعله بإذهاب السمع والبصر والشم والذوق والكلام ونحوها.

كذلك لا قصاص عند الحنفية في **الشجاج** التي لا تمكن المماثلة فيها، وهي ما عدا الموضحة، ففيها القصاص باتفاق المذاهب الأربعة لإمكان الاستيفاء على وجه المماثلة. وما عدا السمحاق والباضعة والدامية ففيها القصاص عند أبي حنيفة.

وقال الإمام مالك: يجري القصاص في كل أنواع الشجاج، لإمكان استيفائه، وذلك بأن يقيس الأطباء وأهل المعرفة طول الجرح وعرضه وعمقه، ويشقون مقداره في جسد الجارح.

وقال الشافعية والحنابلة: لا قصاص في غير الموضحة، إذ ليس لها حد معلوم تؤمن معه الزيادة.

ولا قصاص عند أبي حنيفة في **الجراح** أصلاً بنوعيها لعدم إمكان المماثلة[٢].

وقال الإمام مالك: يجري القصاص في كل جراحات الجسد[٣].

وقال الشافعية والحنابلة: يجري القصاص في الجراح إذا كان الجرح منضبطاً في معنى الموضحة من الشجاج بحيث يظهر العظم، لأنه يمكن التماثل حينئذ[٤].

والخلاصة: أن الحنفية أوسع المذاهب في تطبيق عقوبة القصاص بقتل النفس،

---

(١) البدائع: ٧/ ٩٦.

(٢) راجع هذه العقوبات في البدائع: ٧/ ٢٩٨ وما بعدها، ٣٠٦- ٣١٠، الهداية وتكملة الفتح: ٨/ ٢٧٣ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٦/ ١١١ وما بعدها، ١٣٣، درر الحكام: ٢/ ٩٥ وما بعدها، الدر المختار: ٥/ ٣٩٠ وما بعدها.

(٣) القوانين الفقهية: ص٣٥٠ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٥١- ٢٥٣ .

(٤) مغني المحتاج: ٤/ ٢٦ وما بعدها، المهذب: ٢/ ١٧٨، المغني: ٧/ ٧٠٣- ٧١٠ .

وأضيق المذاهب في القصاص فيما دون النفس، والمذاهب الأخرى على العكس.
ولا قصاص كما ذكرنا سابقاً في الجراحات حتى يبرأ الجرح، لأن المعول عليه ما يؤول إليه الجرح، إذ إنه قد يسري إلى النفس فيكون قتلاً.

وهناك فروق بين القصاص والحد: منها أن المغلب في القصاص رعاية حق أو مصلحة الفرد، والمغلب في الحد رعاية حق أو مصلحة الشرع أي مصلحة المجتمع. ومنها أن القصاص يورث، وأن الحد لا يورث، ومنها أن القصاص يقبل العفو، والحد لا يقبل، ومنها أن الشفاعة في القصاص تجوز وفي الحد تجوز إلا قبل الوصول إلى الحاكم[١]، روى عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «تعافوا الحدود فيما بينكم، فما بلغني من حد فقد وجب»[٢].

وأما الديات والأروش الواجبة بالاعتداء على ما دون النفس **فهي ما يأتي**:

تجب الدية بدلاً من القصاص إن امتنع تطبيقه بسبب من الأسباب كاختلال شرط من شرائطه أو سقط بأحد أسباب السقوط الآتية: وهي العفو والصلح وموت الجاني.

وفي الاعتداء الخطأ تجب أحياناً دية كاملة عقوبة أصلية، وقد تجب دية ناقصة وهي الأرش.

والأرش نوعان كما ذكرنا سابقاً: مقدر وغير مقدر. فالمقدر: هو ما حدد الشرع له مقداراً معيناً كأرش اليد والرجل. وغير المقدر: هو ما لم يحدد الشرع فيه مقداراً معلوماً، وإنما ترك للقاضي الحرية في تقديره. ويسمى هذا النوع حكومة العدل.

آ- الحالات التي تجب فيها الدية الكاملة:

تجب الدية الكاملة إما بإبانة العضو، أو بإتلاف معناه مع بقاء صورته أو بإزالة جماله المقصود عند الإنسان، وذلك في الأصناف الآتية[٣]:

---

(١) انظر المسؤولية المدنية والجنائية للمرحوم الشيخ شلتوت: ص٤٤.
(٢) أخرجه أبو داوود والنسائي والحاكم، وهو حديث صحيح.
(٣) البدائع: ٧/ ٣١١، الكتاب وشرحه اللباب: ٣/ ١٥٥ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٦/ ١٢٩ وما بعدها.

١- **ما لا نظير له في الجسم**: وهو الأنف سواء قطع كله أو المارن: وهو ما لان من الأنف وخلا من العظم، واللسان من الناطق سواء قطع كله أو ما يذهب بقدرة الكلام، وعضو الرجل التناسلي سواء قطع كله أو القسم الرأسي منه (وهو الحشفة)، والصلب إذا أزيلت بالضرب القدرة الجنسية، ومسلك البول، ومسلك الغائط، والجلد وشعر اللحية إذا لم ينبت، ففي كل من هذه الأعضاء الستة دية كاملة بقوله عليه السلام: «في النفس الدية، وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية، وفي الأنف الدية، وفي المارن الدية»[١].

٢- **الأعضاء الثنائية في الجسم**: وهي اليدان والرجلان، والعينان والأذنان، والشفتان، والحاجبان إذا لم ينبت شعرهما، والثديان، والحلمتان، والأنثيان (الخصيتان) لقوله عليه السلام: «وفي الأذنين الدية، وفي العينين الدية، وفي الرجلين الدية، وفي الشفتين الدية، وفي البيضتين الدية[٢]». وفي كل واحد منها نصف الدية.

٣- **الرباعيات في الجسم**: وهي أشفار العينين وهي الجفون أو منابت الهداب إذا لم تنبت بعد الجناية، والأهداب وهي شعر الأشفار إذا لم تنبت، ففيها الدية، وفي كل شفر منها أو هدب ربع الدية.

٤- **العشريات في الجسم**: وهي أصابع اليدين، وأصابع الرجلين، ففي قطعها دية كاملة، وفي كل إصبع منها عشر الدية.

وتجب الدية كاملة بإذهاب معاني أو منافع الأعضاء مع بقاء العضو صورة: وهي إذهاب إحدى الحواس الخمس (السمع والبصر والشم والذوق واللمس) وإذهاب إحدى المعاني الخطيرة في الإنسان، وهي العقل والنطق والمشي والبطش

---

(١) أخرجه أبو داوود في المراسيل والنسائي وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان وأحمد من حديث عمرو بن حزم في الكتاب الذي كتبه النبي ﷺ إلى أهل اليمن في تحديد مقادير الديات.

(٢) في نفس حديث عمرو بن حزم السابق تخريجه.

والقدرة الجنسية(١)، لقوله عليه السلام: «في السمع الدية»(٢) «في المشام الدية»(٣) «في العقل الدية»(٤).

ب- ما يجب فيه الأرش المقدر:

يجب الأرش المقدر في الأعضاء، والشجاج، والجراح(٥).

ففي الأعضاء أو الأطراف التي فيها دية كاملة: يجب بعض الدية بإتلاف طرف منها، ففي اليد أو الرجل أو العين أو الأذن الواحدة أو الثدي الواحد نصف الدية.

وفي كل شفر من أشفار العين أو هدب منها ربع الدية.

وفي كل إصبع من أصابع اليد أو الرجل عشر الدية.

وفي كل سن من الأسنان خمس من الإبل، لقوله عليه السلام: «وفي السن خمس من الإبل»(٦).

وأما الشجاج: فيجب فيها أرش مقدر إذا كانت موضحة فما بعدها، ففي الموضحة خمس الدية(٧) أي خمس من الإبل لقوله عليه السلام: «في الموضحة خمس من الإبل»(٨)، وفي الهاشمة عشر الدية أي عشر من الإبل، وذلك مروٍ عن زيد بن ثابت. وفي المنقلة عشر ونصف عشر الدية أي خمس عشرة من الإبل، لقوله عليه السلام: «في المنقلة خمس عشرة من الإبل»(٩). وفي الآمة أو المأمومة

(١) البدائع، المكان السابق، ٣١٦، ٣١٨، الدر المختار: ٥/٤٠٨، تكملة فتح القدير: ٨/ ٣١٣، ٣١٥، تبيين الحقائق: ٦/ ١٩٢.

(٢) رواه البيهقي من حديث معاذ بن جبل.

(٣) في حديث عمرو بن حزم السابق تخريجه.

(٤) في حديث عمرو بن حزم.

(٥) البدائع: ٧/ ٣١٤ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٤١١، درر الحكام: ٢/ ١٠٥ وما بعدها.

(٦) في حديث عمرو بن حزم.

(٧) لعلّها نصف العشر.

(٨) في حديث عمرو بن حزم.

(٩) في حديث عمرو بن حزم.

ثلث الدية لقوله عليه السلام: «وفي المأمومة ثلث الدية»[1] وفي الدامغة ثلث الدية.

وأما الجراح: ففي الجائفة (وهي التي تصل إلى الجوف) ثلث الدية لقوله ﷺ: «وفي الجائفة ثلث الدية»[2].

ج - ما يجب فيه أرش غير مقدر (حكومة عدل):

إذا لم يحدد الشرع مقداراً معيناً من المال في عقوبات الجنايات، وجب على القاضي تقدير التعويض بالاستعانة بالخبراء، ففي الأعضاء: إذا لم تجب الدية الكاملة وجب أرش غير مقدر مثل جدع جزء من الأنف غير المارن، ومثل لسان الأخرس، وكسر عظم غير السن.

وفي المعاني أو الحواس إذا لم تجب دية كاملة وجب الأرش، ففي حالة إضعاف السمع أو تسويد الوجه مثلاً: يقدر القاضي تعويضاً ملائماً. قال الحنفية خلافاً للشافعية: وفي الإصبع الزائدة، وعين الصبي وعضوه التناسلي ولسانه: حكومة عدل إذا لم تعلم صحة أعضائه المذكورة بنظر في العين وحركة في العضو وكلام اللسان، لأن المقصود من هذه الأعضاء هو المنفعة، فإذا لم يعلم كونها سليمة فيجب بإتلافها أرش كامل.

وفي الشجاج: يجب في الخارصة، والدامغة، والدامية، والباضعة، والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل، إذ ليس فيها أرش مقدر شرعاً، ولا يمكن إهدار الجريمة، فوجب أرش غير مقدر.

وفي الجراح: يجب في غير الجائفة حكومة عدل[3]. وهكذا كل اعتداء لم نجد له في الشرع مقداراً معيناً من التعويض، يحكم فيه بالأرش غير المقدر، وهذا أظهر حالات الضمان في الجنايات على الأنفس.

---

(١) في حديث عمرو بن حزم.

(٢) في حديث عمرو بن حزم.

(٣) البدائع: ٣١٦/٧، ٣١٩، الدر المختار: ٤١١/٥ وما بعدها، ٤١٣، تكملة الفتح:٨ ص٣١٧، درر الحكام: ١٠٥/٢ وما بعدها، تبيين الحقائق، المكان السابق ١٣٥.

وأما الضروب أو الجراح التي لا تحدث أثراً فلا شيء فيها عند أبي حنيفة. وقال محمد: على الجاني أرش الألم أي بقدر ما لحق المجني عليه من الألم. وقال أبو يوسف: على الجاني أن يدفع نفقات العلاج من ثمن الدواء وأجرة الأطباء وما ترتب على المجني عليه من النفقة حتى يبرأ[1]. وقول الصاحبين يساير القوانين السائدة حالياً.

(١) هكذا نسب القولان للصاحبين في المبسوط (٢٦/ ٨١) وأما ما عداه من الكتب كالدر المختار (٥/ ٤١٥) وتبيين الحقائق (٦/ ١٣٨) ففيها نسبة القولين على عكس ذلك. وقد أشار إليه أيضاً الدكتور المحمصاني (انظر نظرية الموجبات: ١/ ١٥٥).

الفصل الثالث

ضمان الأموال
بسبب الجرائم المخلة بالأمن

إذا ارتكبت جريمة من جرائم الاعتداء على الأموال، فعوقب الجاني بعقوبة بدنية كالجلد والحبس والقطع، فهل يكون ضامناً المال لصاحبه على الرغم من هذه العقوبة؟

نبحث هذا الموضوع في الجرائم التالية:

السرقة، المحاربة، والبغي، والردة.

أ- جريمة السرقة:

تُثار في قضية السرقة مسألة هامة، وهي: هل يجتمع ضمان المال مع العقاب وهو قطع اليد؟

لا خلاف بين الفقهاء أنه إذا قطعت يد السارق، والمسروق قائم موجود عنده، رد على صاحبه، لأنه ما زال ملكاً له ولقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذته حتى تؤديه». فإن كان تالفاً أو مستهلكاً عند تنفيذ العقوبة، اختلف العلماء في شأنه:

فقال الحنفية: إذا هلك المسروق فلا يغرم السارق مثله أو قيمته إذا عوقب عقاب السرقة، لأن المبدأ عندهم ألا يجتمع حد وضمان. فإن اختار المسروق منه تغريم السارق، لم يعاقب عقاب السرقة وهو قطع اليد اليمنى في أول سرقة، وإن اختار تنفيذ العقاب عليه، ونفذ لم يغرم السارق، لأن الشرع سكت عن الغرم، فلا يجب مع الحد شيء، قال تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا

كَسَبَا﴾ [المائدة: ٣٨/٥] فالله سبحانه جعل قطع اليد كل الجزاء، فلو أوجبنا الضمان على السارق، لصار القطع بعض الجزاء، فيكون ذلك نسخاً لنص القرآن، ولا يثبت النسخ إلا بمكافئ للقرآن في درجة الثبوت[(١)]، ويؤيده قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا قطع السارق فلا غرم عليه»[(٢)] وتعليل قاعدة أن «القطع والضمان لا يجتمعان» عند الحنفية: هو أن السارق لو ضمن المسروق من حين الأخذ، مما يترتب عليه أن يحصل القطع أو العقاب والشيء في ملك نفسه، وذلك لا يجوز[(٣)]، لأن المضمونات تملك عندهم من وقت الأخذ عند أداء الضمان أو اختياره، كما ذكرنا سابقاً.

وقال المالكية: إن كان السارق موسراً عند إقامة الحد وهو القطع وجب عليه القطع والغرم تغليظاً عليه، وإن كان معسراً لم يطالب بقيمة المسروق، ويجب القطع فقط، ويسقط الغرم تخفيفاً عنه بسبب عذره بالفاقة والحاجة[(٤)].

وقال الشافعية والحنابلة: إذا تلف المسروق في يد السارق ضمن بدله: برد مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً، سواء أكان السارق موسراً أم معسراً، قطع أو لم يقطع، فلا يمنع القطع وجوب الضمان، لاختلاف سبب وجوب كل منهما، فالضمان يجب رعاية لمصلحة الفرد وهو المسروق منه، والقطع يجب رعاية لحق الله تعالى أي حق المجتمع، فلا يمنع أحدهما الآخر، كالدية والكفارة فإنهما يجتمعان في جزاء القتل الخطأ مثلاً[(٥)].

---

(١) البدائع: ٨٤/٧، فتح القدير: ٢٦١/٤، المبسوط: ١٥٦/٩، تبيين الحقائق: ٢٣١/٣، مجمع الضمانات: ص٢٠٣.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه بلفظ «لا غرم على السارق بعد قطع يمينه» ورواه النسائي في سننه من حديث عبد الرحمن بن عوف بلفظ «لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد» وقال: هذا مرسل وليس بثابت. وقال الزيلعي عن الرواية التي ذكرناها: غريب بهذا اللفظ.

(٣) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني: ص١٠٧.

(٤) بداية المجتهد: ٤٤٢/٢، القوانين الفقهية: ص٣٦٠، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٣٤٧/٤.

(٥) المهذب: ٢٤٨/٢، مغني المحتاج: ١٧٧/٤، المغني: ٢٧٠/٨، الإفصاح: ص٣٦٤ وما بعدها.

ب- جريمة المحاربة أو قطع الطريق:

المحاربون أو قطاع الطرق: هم عصابات اللصوص الذين يقطعون الطريق على الناس، ويأخذون أموالهم سلباً ونهباً قهراً عنهم، أو يقتلونهم علانية.

والكلام في تضمينهم الأموال كالكلام في السرقة: فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا أخذ المحاربون المال، وأقيمت فيهم حدود الله تعالى من قطع أو قتل أو نفي أو صلب، فإن كانت الأموال موجودة ردت إلى مالكها، وإن كانت تالفة أو معدومة، ففي شأن تضمينها لهم خلاف بين فقهائنا.

قال الحنفية: لا يجمع بين الحد والضمان، لقوله عليه السلام: «إذا أقيم الحد على السارق فلا غرم عليه»[١] ولأن التضمين يقتضي التمليك، والملك يمنع إقامة الحد، فلا يجمع بينهما[٢].

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يجتمع الحد والضمان كما هو الحكم في السرقة، لأن المال عين يجب ضمانها بالرد لو كانت باقية، فيجب ضمانها إذا كانت تالفة، كما لو لم يقم عليه الحد، ولأن الحد والغرم حقان يجبان لمستحقين مختلفين، فجاز اجتماعهما معاً في وقت واحد كاجتماع الكفارة التي هي واجب ديني لله تعالى، والدية التي هي واجب مالي محض للمجني عليه[٣].

ج- جريمة البغاة:

البغاة: هم قوم لهم شوكة ومنعة، خالفوا جماعة المسلمين في بعض الأحكام الشرعية بتأويل نص للتوصل إلى حق أو ولاية، وتحصنوا في بلدة من البلاد، ونظموا ثورة مسلحة على غيرهم، وطبقوا أحكامهم فيما بينهم، كالخوارج ونحوهم.

وأما تضمينهم ما أتلفوه من الأنفس والأموال، فاتفق الحنفية والمالكية

---

(١) لفظ هذا الحديث المرسل هو «لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد».
(٢) البدائع: ٧/ ٩٥، فتح القدير: ٤/ ٢٧١، مجمع الضمانات: ص١٧٢.
(٣) شرح الدردير: ٤/ ٣٥٠، مغني المحتاج: ٤/ ١٨٢، المغني: ٨/ ٢٩٥، ٢٩٨.

والحنابلة، والشافعية في أظهر القولين عندهم[١]: على أنه لا يضمن البغاة ما أتلفوه حال الحرب من نفس ولا مال. بدليل ما روى الزهري، قال: «كانت الفتنة العظمى بين الناس، وفيهم البدريون فأجمعوا - أي في وقائعهم كوقعة الجمل وصفين - على ألا يقام حد على رجل استحل فرجاً حراماً بتأويل القرآن، ولا يقتل رجل سفك دماً حراماً بتأويل القرآن، ولا يغرم مالاً أتلفه بتأويل القرآن»[٢]، ولأن البغاة طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ ظاهراً، فلم تضمن ما أتلفت على الطائفة الأخرى وهم جماعة المسلمين، ولأن تضمينهم يفضي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ووحدة الجماعة، فلا يشرع كتضمين الأعداء الحربيين. قال العز بن عبد السلام: «ولا يتصف إتلافهم بتحليل ولا تحريم ولا إباحة، لأنه خطأ معفو عنه»[٣].

واتفق هؤلاء الفقهاء أيضاً على أن إتلاف الجماعة لأنفس وأموال البغاة لا إثم ولا كفارة فيه، ولا ضمان لما أتلفوه عليهم لخبر الزهري السابق، ولأن الجندي المحارب لهم قد فعل ما أمر به، وقتل من أحل الله قتله وأمر بمقاتلته في قوله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَاۖ فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِۚ﴾ [الحجرات: ٤٩/٩]. فتكون أموالهم كأنفسهم مهدرة مباحة، وإذا لم يجب ضمان الأنفس، فالأموال أولى بعدم الضمان.

وإذا أتلف البغاة أو جماعة الإسلام مال بعضهم بعضاً قبل استحكام منعة البغاة، أو بعد انهزامهم، فإنهم يضمنون ما أتلفوه من الأنفس والأموال، لأنهم حينئذ غير معذورين بجناياتهم، فتكون الأنفس والأموال معصومة محترمة لا يجوز التعرض لها.

---

(١) المبسوط: ١٠/١٢٨، البدائع: ٧/١٤١، فتح القدير: ٤/٤١٤، بداية المجتهد: ٢/٤٤٨، شرح الدردير: ٤/٣٠٠، القوانين الفقهية: ص٣٦٤، المهذب: ٢/٢٢٠، مغني المحتاج: ٢/٢٧٧ وما بعدها، ٤/١٢٥، المغني: ٨/١١٣، كشاف القناع: ٤/٩٨، القواعد لابن رجب: ص٢٠٧، الإفصاح: ص٣٥٠، رحمة الأمة بهامش الميزان: ٢/١٣٠ .

(٢) ذكره أحمد في رواية الأثرم واحتج به (نيل الأوطار: ٧/١٦٩) .

(٣) قواعد الأحكام: ٢/١٦٥ وهذه هي إحدى الحالات المستثناة من قاعدة «من أتلف شيئاً عمداً بغير حق لزمه الضمان جبراً لما فات من الحق».

د- جرائم المرتدين:

المرتدون: هم الذين رجعوا عن دين الإسلام إلى الكفر، سواء بالنية أو بالفعل المكفر، أو بالقول، سواء قاله المرتد استهزاء أو عناداً أو اعتقاداً، وسواء أنكر المرتد كل أحكام الإسلام أم ركناً من أركانه، كقبائل المرتدين الذين أنكروا فرضية الزكاة في خلافة أبي بكر الصديق رضي الله عنه.

وحكم هؤلاء كالبغاة لا يضمنون ما أتلفوه في حال القتال، لأن التضمين منفر عن الإسلام[1].

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: ٢/ ١٦٤، القواعد لابن رجب: ص٢٠٧، كشاف القناع: ٤/ ٩٨، فتح القدير: ٤/ ٤١٤.

الخاتمة

هذه هي نظرية ضمان الأموال والأنفس في الشريعة الإسلامية متينة النسخ قوية البناء محكمة الأساس، توحي بأن الشريعة نظام صالح التطبيق تقيم مسؤولية الإنسان عن أفعاله المدنية والجنائية على أساس من الواقعية والمادية غالباً، فكلما وجد عنصر التعدي وجب ضمان المال، وإذا لم يتوافر ذلك وترتب على الفعل إحداث ضرر بالآخرين، وجب الضمان بالتسبب أيضاً، لذا قال فقهاؤنا: إن الإتلاف سبب للضمان سواء أكان عمداً أم خطأ أم سهواً، وسواء أصدر من كبير راشد أم من قاصر غير بالغ أو من مجنون أو معتوه، وأن المتسبب ضامن وإن لم يتعد.

وبناء عليه فلا يعتد فقهنا بالقصد أو الإدراك والتمييز في نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية، ويعتبر الفعل سبباً للضمان ولو كان الشخص قاصراً.

وأما في نطاق المسؤولية الجنائية فقد ميز الفقهاء نظراً لخطورتها بين العمد والخطأ، فيعاقب الجاني بالقصاص أو بالحد إذا كان كبيراً راشداً مختاراً متعمداً، فإن لم تتوافر نية العمد وجب الضمان المالي.

وأما النظرة الواقعية فتتجلى في أن فقه الإسلام لا يغالي في الحكم بالتعويض، فيحكم به عن كل ما فات المتضرر من ربح أو لحقه من خسارة كما فعل القانونيون، وإنما يراعي مبدأ المقاصة في تحمل الضمان بين الربح والخسارة، أو المبدأ المعروف «الغرم بالغنم» أي المبدأ الذي تقوم عليه نظرية تحمل التبعة، وهو أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره. ويتبين من خلال البحث في هذه النظرية أن الإسلام يعتبر مبدأ احترام الأموال والأنفس والحقوق من النظام العام، أي من نظام المجتمع الأساسي الذي يمس حياة الجماعة في ناحية جوهرية منها، ولكن قد يستثنى بعض الحالات التي تقتضيها الظروف غير العادية كالحرب وتأديب البغاة والمرتدين والضرورات الشرعية، فيحل إتلاف مال الآخرين وأنفسهم في الحدود

التي تتطلبها الضرورة. ويرعى مبدأ احترام الأموال والأنفس اعتباران: قضائي وديانى، فالقاضي يحكم بالتعويض عن المتلفات أو بالقصاص في القتل العمد، أو بالدية مع الكفارة في بقية أنواع القتل، ثم يؤاخذ الجاني ديانة في عالم الآخرة أيضاً لتخطيه حدود الله أي محارمه، ولتجرئه على ارتكاب الحرام المنهي عنه.

والناس في جميع الحقوق والواجبات سواء، لا فرق بين حاكم ومحكوم ووال وفرد عادي، لذا فإن العقوبات الجنائية تطبق على كل إنسان مهما كانت صفته ضماناً لتنفيذ الأحكام الشرعية، والتزاماً لما تستهدفه من حماية الفضيلة والأخلاق وكرامة الإنسان.

ولا يغفل الإسلام مبدأ الاحتياط في العقوبة، فيدرأ الحدود بالشبهات، ويفتح المجال أمام أصحاب الحقوق بالعفو عن الجناة، لما لذلك من أثر كبير في النفوس، ورأب للصدع وحفاظ على الأصول الاجتماعية الدائمة من محبة ومودة وإخاء وتسامح، فضلاً عن أن في العفو عزة للعافين، فما زاد الله عبداً بعفو إلا عزاً، إذ إن في العفو منة وكرماً ومعروفاً ويداً لا تنسى أبد الدهر.

ولا يسأل أحد عن أحد مدنياً كان الفعل أم جنائياً، إذ إن تقرير مبدأ المسؤولية الفردية أو الشخصية سمو بالإنسان وتكريم له وإشعار له بوجوده وفرديته وخطورته في هذه الحياة: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ ولكن هذه الفردية في الإسلام كما هو معلوم ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بما للجماعة من حقوق شتى تقتضيها المصلحة العامة، ويتحقق بها مبدأ التوازن الاجتماعي والاقتصادي بين الناس.

وإذا أردنا العودة إلى التاريخ نجد أن تطبيق أحكام الشريعة في نطاق المسؤولية المدنية والجنائية لم يحدث أي ضجة أو ارتباك، أو تعثر أو شكوى من ظلم، أو تناقض أو خصام، وإنما كان واقع الأمة أحسن بكثير مما عليها الآن من سلام ووئام واستقرار واحترام لحقوق الغير، وهذا أصدق دليل أو شاهد على أصالة الشريعة وصلاحيتها الدائمة للتطبيق وتجاوبها مع فطرة الناس وواقع الحياة الاجتماعية.

وفي الختام نسأله سبحانه تمام الهداية للرشد والصواب والتزام شرعة الله، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

كتب للمؤلف

١- آثار الحرب في الفقه الإسلامي

يبحث في الحرب بصفة عامة وتأصيلها الشرعي والقانوني، ويتناول الآثار المترتبة على قيامها والآثار المترتبة على انتهائها.

٢ -أخلاق المسلم / علاقته بالخالق

موضوعات على غاية من الأهمية تفصّل علاقة المسلم بنفسه، وعلاقته بربه، وعلاقته بمجتمعه، ولكل علاقة هدفها، مع التمهيد لكل موضوع، وإيراد الآيات المناسبة، والأحاديث الشريفة.

٣ -أخلاق المسلم / علاقته بالمجتمع

نماذج من سبعة وعشرين ومئة موضوع من موضوعات الأخلاق، وعلاقة الإنسان بغيره، تبين حرص الإسلام على إصلاح الفرد والجماعة.

٤- أخلاق المسلم / علاقته بالنفس والكون

الكتاب أحد أجزاء سلسلة (أخلاق المسلم) في حيز النفس والمجتمع وما بعد الموت.

تناول الكتاب العناوين التي تصب في موضوعه بالتدرج من موضوع الزواج والإحصان حتى موضوع الإيمان بالله تعالى.

موضوعات الكتاب كله في تفصيلاتها موثقة، معتمدة على ما جاء في الكتاب والسنة المطهرة في أسلوب واضح مبسط بعيد عن التكلف.

وقد ألحق بالكتاب كشافات علمية، تسهل الرجوع إلى موضوعاته بسهولة.

٥ -الأسرة المسلمة في العالم المعاصر

يتضمن الكلام على الوحدة الإنسانية ومعنى الأسرة وأنواعها وأهميتها، وبعض مشكلاتها المعاصرة، وقواعد نظامها المادي والتربوي والشرعي وخصائص نظامها ومعالم الأسرة المسلمة وحقوق أفرادها الخاصة والعامة وأنشطتها ونهاية الحياة الزوجية وآثارها وكل ما تحتاج إليه الأسرة المسلمة في حياتها لتنشئة جيل مسلم قادر على الإنجاز وصنع الحضارة.

٦- أصول الفقه الإسلامي ١- ٢

كتابٌ موسَّعٌ في أصول الفقه، ينقسم بعد المقدمة التمهيدية في التعريف بهذا العلم وغايته إلى ثمانية أبوابٍ؛ الباب الأول (في الأحكام الشرعية). والباب الثاني (في طرق استنباط الأحكام). والباب الثالث (في مصادر الأحكام الشرعية). والباب الرابع (في النسخ). والباب الخامس (في تعليل

النصوص) تناول فيه مذاهب المتكلمين ثم الأصوليين. والباب السادس (في مقاصد الشريعة العامة) عرَّف فيه هذه المقاصد وتحدث عن أهميتها وشروط اعتبارها. والباب السابع (في الاجتهاد والتقليد). وختم الكتاب بالباب الثامن (في المعارضة والترجيح بين الأدلة)، تناولهما في فصلين، الأول للمعارضة والثاني للترجيح.

٧- تجديد الفقه الإسلامي

حوارية نافعة بين عالمين حول تجديد الفقه الإسلامي المنشود، والتصورات لمناهجه وملامحه والمادة الفقهية والمصادر وروح الكتابة، والدراسة المقارنة بين المذاهب والقوانين الوضعية والاهتمام بالجانب التنظيري وتصنيف المادة الفقهية وتخطيط البحوث والتيسير والتبسيط والربط بالواقع ومخاطبة كل المستويات والرأي فيما قدم من أعمال إسلامية والصور المقترحة للتنفيذ والتصور الموضوعي للتصنيف مع ضوابط التجديد وأهلية المجدد، مع تعقيب كل منها على الآخر وتذييل ذلك بتعاريف لمصطلحات الكتاب.

٨ - التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج

يتناول تفسير القرآن الكريم بعد مقدمة يتحدث فيها عن بعض المعارف الضرورية المتعلقة بالقرآن، وتعريفه وكيفية نزوله وطريقة جمعه وكتابته بالرسم العثماني، ، والأحرف السبعة والقراءات السبع، وأدلة الإثبات بوجوه الإعجاز وعربية القرآن وترجمته إلى اللغات الأخرى، والحروف المقطعة في أوائل السور والبلاغة في القرآن مع فوائد في عدد الأجزاء والسور والآيات وأنواعها، وقد اشتملت هذه الطبعة الجديدة على زيادات وتنقيحات وإضافة القراءات المتواترة التي نزل بها الوحي الإلهي أعظم نعمة كبرى على البشرية جمعاء

٩ -التفسير الوجيز على هامش القرآن العظيم ومعه أسباب النزول وقواعد الترتيل

يبين معنى كل آية إجمالاً، وسبب نزولها الصحيح إن وجد، مع تجنب الإسرائيليات، والتزام أدق ما توصلت إليه كتب التفسير القديمة والحديثة، وألحق بآخره قواعد علم التجويد مفصلة.

١٠- التفسير الوسيط ١-٣

يبين مدلول الآيات بدقة وشمول وأسلوب مبسط ميسر، ويعرف بأسباب النزول الصحيحة الثابتة مستشهداً ببعض الآيات والأحاديث الصحيحة الثابتة في موضوعها ومغزاها مع الآية المفسر مبتعداً عن القصص والروايات الإسرائيلية التي لا يخلو منها تفسير قديم، ملتزماً أصول التفسير بالمأثور والمعقول معاً معتمداً على أمهات كتب التفسير الكبرى بمختلف مناهجها.

١١ - العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

يتناول هذا الكتاب في سبعة أبواب بحث ما يعرف بـ (العقود المسماة) في قانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر في أواخر عام ١٩٨٥م، وأصله القانون المدني الأردني الصادر عام ١٩٧٦م. ويتضمن الكتاب عقود التمليك، ويدرس عقود العمل. ويتحدث عن عقود التأمينات الشخصية. كما

يبحث في الحقوق العينية التبعية. و يتحدث عن الشفعة، من أسباب كسب الملكية وفي الحجر على المفلس، كل ذلك في بيان موجز واضح، وشرح كاف مفيد.

١٢- الفقه الإسلامي وأدلته ١-١٠

يبحث في الفقه الإسلامي كاملاً ويشتمل على الأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية ويحقق الأحاديث النبوية ويخرجها مع فهرسة ألفبائية وأهم المسائل الفقهية.

١٣- المعاملات المالية المعاصرة

مسائل مستجدة في المعاملات المالية المعاصرة تتطلب الإجابة الشرعية عنها، وهذا ما يقوم به هذا الكتاب.

١٤- الموسوعة القرآنية الميسرة

موسوعة قرآنية ميسرة تضم: القرآن الكريم، التفسير الوجيز، أسباب النزول، أحكام التجويد، معجم المعاني، معجم الكلمات، لمحات من علوم القرآن.

١٥- الوجيز في أصول الفقه

يبسط مسائل أصول الفقه ويضع الإطار الشامل لها ويركز على تحديد المفاهيم الأصولية وعلى الجوانب التطبيقية المفيدة عملياً ونظرياً منها، بمنهج متوسط لا تطويل فيه ولا إيجاز مخلاً بالمطلوب.

١٦- الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي

بحث شامل واف في مضماري الوصايا والوقف تعريفاً للوصية والوقف ومعنى وأركاناً وشروطاً وأحكاماً وتنفيذاً ومشروعية وأنواعاً ومبطلات.

١٧- حق الحرية في العالم

يبين قيمة الحرية بين حقوق الإنسان وأساسها ونصوصها القانونية، ويوضح معنى الحرية وقيودها وبنيتها وأزمتها وتاريخها وتطورها وحمايتها وضوابط ممارستها، وأنواع الحرية وخصائصها في العالم وفي الإسلام وطبيعتها، ويبحث في حكم بعض أنواع الحريات العامة أو الخاصة.

١٨- شمائل المصطفى ﷺ

هذا الكتاب أحد الكتب التي تتحدث عن شخصية النبيﷺ وأخلاقه وصفاته على وجه الاستقصاء. فتناول أولاً مكانة النبيﷺ عند الله، وتعظيم القرآن له، وتمييزه على الأنبياء، والتكريم الذي نزل بحقه. ثم تحدث عن محاسن النبي وفضائله، وبعض أوصافه. وتناول ما يجب على المسلمين نحو النبيﷺ من طاعته واتباعه ومحبته وتعظيمه، والصلاة عليه، وزيارة قبره، والاعتقاد بعصمته وعصمة الأنبياء، وأشياء تتعلق بذلك. الكتاب شاملٌ في شمائل المصطفى وما يتصل بها..

١٩- فتاوى معاصرة

يقدم فتاوى معاصرة حول الطهارة والعبادات والمعاملات والأسرة والعلاقات الزوجية والأطعمة والأشربة والعقيدة والأخلاق والآداب ولا سيما ما جدّ منها ويحتاج إلى فتوى فيها.

٢٠- قضايا الفقه والفكر المعاصر - جزء ١-٢

يقدم القضايا الساخنة التي يكثر السؤال عنها.. من اختيار عالم جليل متخصص، له مشاركاته في هيئات علمية إنه كتاب مهم يرسخ دور المؤسسات العلمية البعيدة عن الهوى.

٢١- القرآن الكريم بنيته التشريعية وخصائصه الحضارية

يؤكد أن القرآن الكريم بخصائصه الذاتية هو أرقى التشريعات وأعلاها وألصقها بالإنسان لتجاوبها مع فطرته المفطور عليها، ثم هو في الذروة العليا حضارياً لما يتضمن من أخلاق ومساواة واحترام لحقوق الإنسان وترغيب في العمل.

٢٢- نظرية الضرورة الشرعية

تناول نظرية الضرورة الشرعية في مبادئ لا بد منها وفي بيان مقاصد الشريعة الإسلامية وأدلة مشروعية مبدأ الضرورة ومفهومها وضوابطها وحالاتها وقواعدها وتطبيقاتها مقارنة مع القانون الوضعي

٢٣- نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية...

يجيب عن تساؤلات كثيرة حول الضمان أو التضمين على حد تعبير فقهاء الإسلام ومقابله عند فقهاء القانون (اصطلاح المسؤولية القانونية عن الفعل الضار أو العمل غير المشروع) بدراسة مقارنة.

٢٤- الوجيز في الفقه الإسلامي

كتاب مختصر في الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة، يضم بحوثه كلها بتركيز ودقة. يتألف من ثلاثة أجزاء. وألحق بالكتاب نوعان من الفهارس، أحدهما لما ورد فيه من أحاديث نبوية، رُتبت على حروف المعجم. والثاني فهرس لموضوعات الكتاب ومسائله الفقهية، رُتبت على رؤوس الموضوعات.